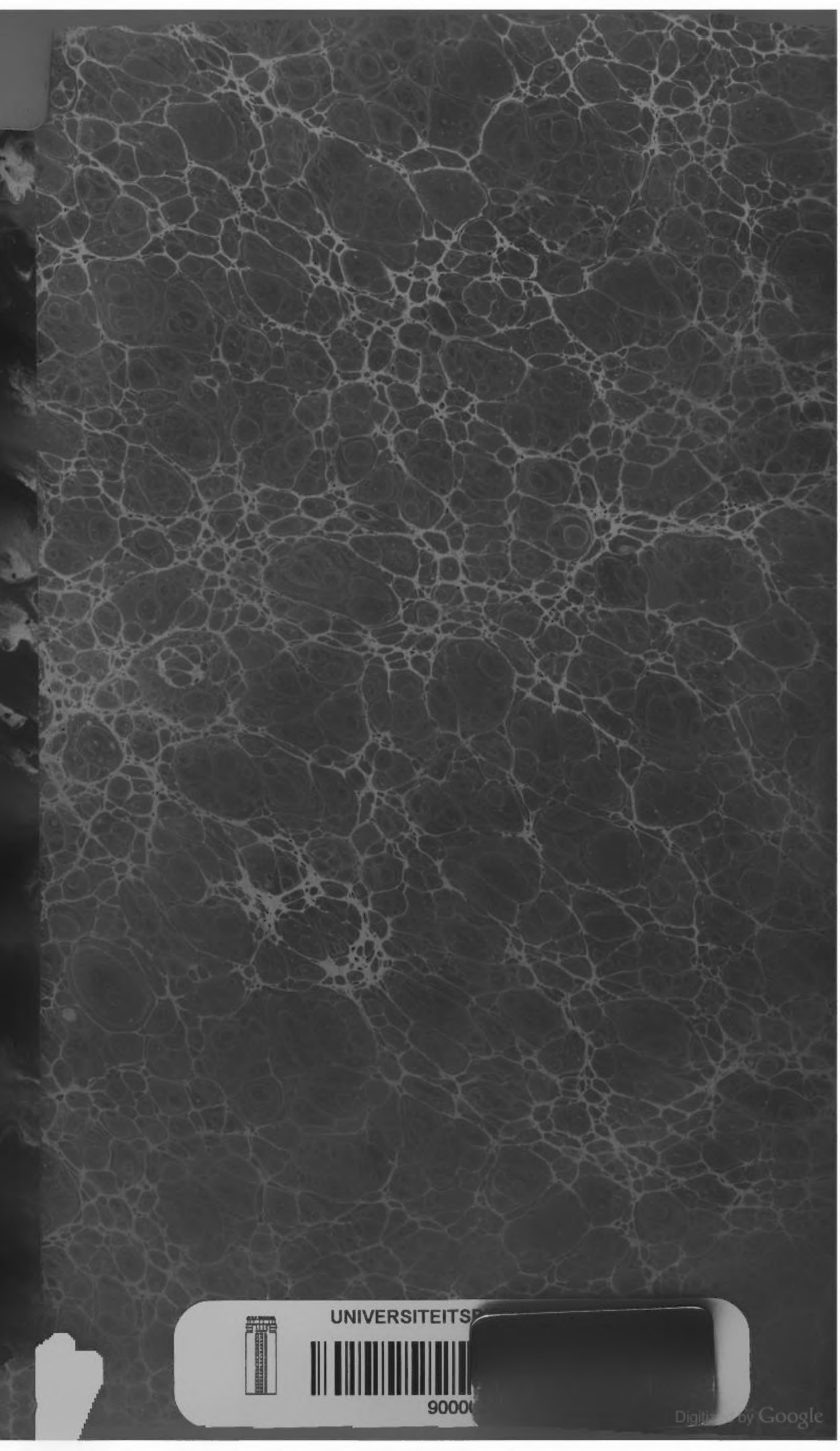
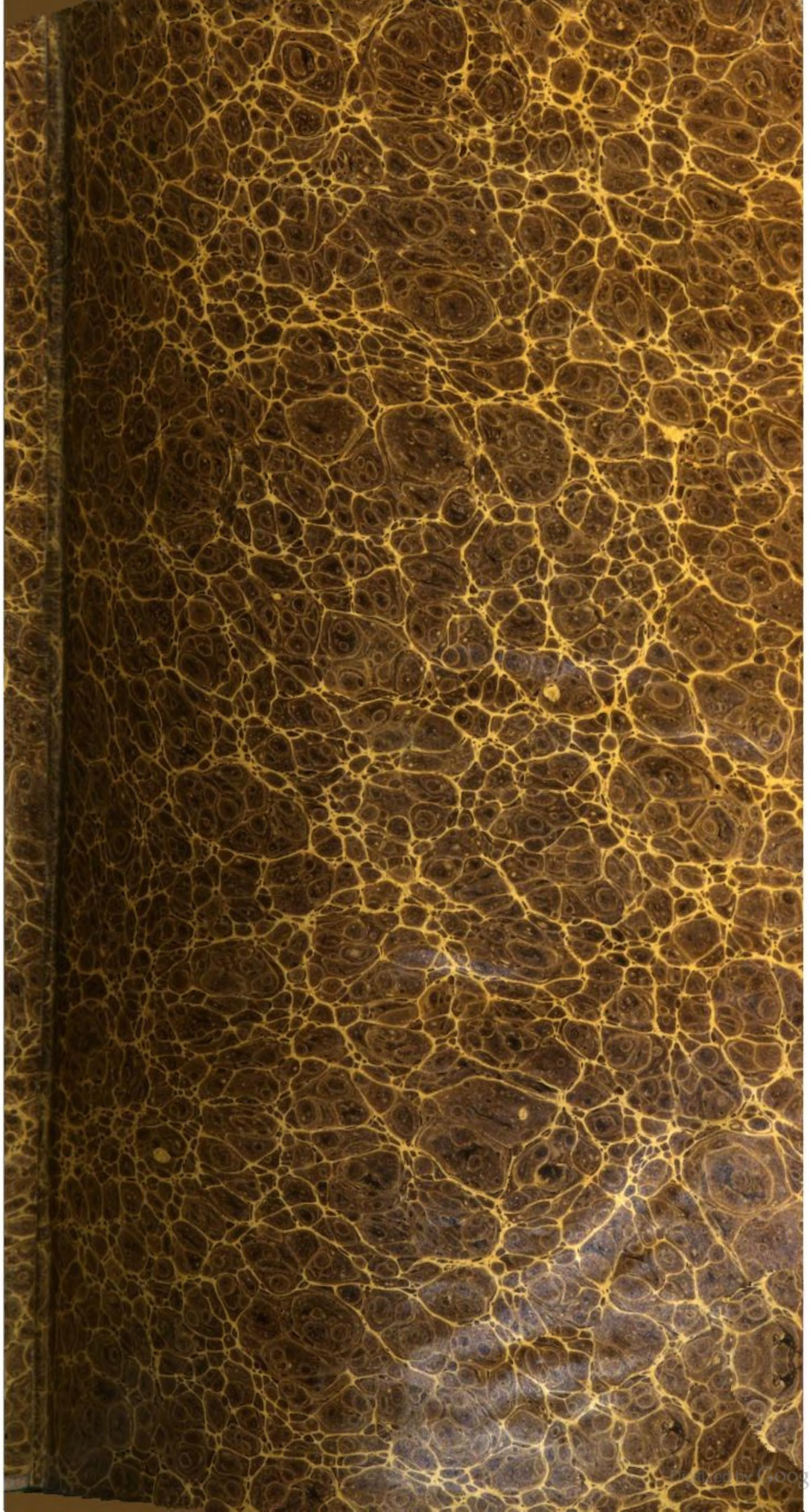
Digitized by Google


UNIVERSITEITSB
9000
Digitized by Google



Jur 618

Digitized by Google

# Rechtslexikon.

---

Dritter Band.

**Confrontation — Erbschaftstheilung.**

Digitized by Google

Digitized by Google

# Rechtslexikon

für

## Juristen aller teutschen Staaten

enthaltend

die gesammte

# Rechtswissenschaft.

---

Bearbeitet

von

Prof. Dr. **Arndts** in München; Advocat **Bopp** in Darmstadt; Regierungsrath **Buddeus** in Leipzig; Advocat **Gans** in Celle; Prof. Dr. **Gaupp** in Breslau; Domherr, Ordinarius ꝛc. Dr. **Günther** in Leipzig; Prof. Dr. **Heimbach** in Leipzig; Prof. Dr. **Jacobson** in Königsberg; Prof. Dr. **Jordan** in Marburg; Prof. Dr. **Luden** in Jena; Prof. Dr. **Maurenbrecher** in Bonn; Reichs- und Staatsrath von **Maurer** in München; Prof. Dr. **Michaelis** in Tübingen; Geheimen-Rath ꝛc. **Mittermaier** in Heidelberg; Hofrath Dr. **Puchta** in Leipzig; Prof. Dr. **Reyscher** in Tübingen; Prof. Dr. **Richter** in Marburg; k. k. Appellationsrath Dr. **Tausch** in Klagenfurt; Canzler ꝛc. Dr. von **Wächter** in Tübingen; Prof. Dr. **Weiß** in Gießen; Prof. Dr. **Wilda** in Halle; Prof. Dr. **Witte** in Halle; O.-J.-Rath von **Zirkler**, Mitglied des k. w. Staatsgerichtshofes ꝛc. in Tübingen und Anderen,

redigirt

von

**Dr. Julius Weiske,**

Professor in Leipzig.

---

**Dritter Band.**

Confrontation — Erbschaftstheilung.

---

**Leipzig, 1841.**

Verlag von Otto Wigand.

Digitized by Google

Digitized by Google

**Confrontation.** Dieſes neulateiniſche Wort iſt offenbar gebildet aus frons, die Stirne[1]), und würde daher buchſtäblich ſo viel heißen, als ein Act, wobei zwei oder mehrere Individuen Stirn gegen Stirn geſtellt werden. Es iſt alſo bei der Confrontation weſentlich darauf abgeſehen, daß Perſonen, die ein gemeinſchaftliches Intereſſe haben, ihre Gedanken, ihre Wahrnehmungen ſich vorzuhalten und auszutauſchen, zuſammenkommen und ſich ausſprechen können. Immer mehr bürgert ſich dafür ein der teutſche Ausdruck Gegenſtellung, Entgegenſtellung, und es liegt hierin zugleich etwas Milderes, als in dem trotzigen Meſſen der Stirne, wobei die Keckheit mehr zu gewinnen ſcheint, als die Wahrheit.

Nach dem Urſprunge dieſes Rechtsinſtitutes forſcht man in den älteren Geſetzbüchern vergebens; doch ſcheint es zu gleicher Zeit mit der Carolina in den teutſchen Gerichten Eingang gefunden zu haben, indem ſchon Damhouder[2]) davon Erwähnung thut, und von da an alle bedeutenderen Criminaliſten[3]) und Lexikographen[4]) davon handeln[5]).

Es iſt begreiflich, daß die Gegenſtellung von der Zeit an, wo Erforſchung objectiver Wahrheit als Hauptzweck des Strafprozeſſes ſich herausbildete[6]), als eine nothwendige Vermittelung ſtarrer Gegenſätze erkannt

---

1) Fälſchlich wird zuweilen von Praktikern geſchrieben confrondatio. Auch in Joann. de Hein, prompt. iur. (1720), findet ſich dieſer Fehler. Griechiſch nach Budaeus: ἀντιπροσώπως ἱστάναι.

2) Praxis rer. crim. (Antwerp. 1562.) cap. XLVII.

3) Namentlich Carpzov, practica rer. crim. Pars III. quaest. CXIV. nr. 75—79, wo die Vorgänger citirt ſind; ſpäter Quiſtorp, Grundſätze des peinlichen Rechtes, Th. II, §. 713—721, und von da alle Lehrer des Criminalprozeſſes.

4) Z. B. Chr. Diether, continuatio thes. pract. (Besoldiani 1699), J. de Hein l. c., J. Speidel, biblioth. iurid. univ. (1728) sub voce: confrontatio.

5) Vergl. auch den Aufſatz von L. v. Jagemann im neuen Archiv des Criminalrechtes, Jahrgang 1835, St. I.: Wann und wie findet im Strafprozeſſe Confrontation ſtatt? und J. Otto Tabor, de confrontatione disputationes V. (Giessae 1663.)

6) Henke, Handbuch des Criminalrechtes, Th. III. (Berlin 1838), ſagt S. 801: daß die materielle Wahrheit ausgemittelt werde, ſo weit ſie von Menſchen ausgemittelt werden kann, daß der Schuld die angemeſſene Strafe folge, daß den Unſchuldigen kein unverdientes, den Schuldigen kein zu ſchweres Uebel treffe: Alles das ſind Forderungen der Gerechtigkeit.



Digitized by Google

wurde. Oeffentlich mündliches Verfahren bedarf allerdings keiner ausdrücklichen Sanction dieses Actes, da nicht nur alle Betheiligten verlangen können, bei der Abhör oder wenigstens bei der Recapitulation der Aussage aller Inculpaten und Zeugen anwesend zu sein[7]), sondern auch das Publicum eine beständige Controle abgibt; ja in England ist sogar das Kreuzverhör unter den Angeklagten und Zeugen gestattet; aber das geheime Verfahren würde ein großes Unrecht begehen, wenn es nicht in einem besonderen Acte den Inculpaten die gravirenden Zeugen vor die Augen stellen würde, — ein Unrecht theils gegen den möglicherweise unschuldig Verfolgten, theils gegen das Gesetz, welches die genaueste Aufklärung der Thatsachen erheischt.

Früher wußte die Praxis nur von einer Gegenstellung der sich wechselseitig beschuldigenden Complicen und der disharmonirenden Zeugen[8]); inzwischen kam als Hauptact hinzu die Confrontation von Angeschuldigten mit Zeugen. So lange man sich aber jetzt schon dieses Erforschungsmittels bedient, so ist doch noch keine feste Regel dafür aufgestellt worden und Einige dehnen die Anlässe zu dessen Anwendung zu sehr aus, während Andere es allzusehr beschränken. Um die wahre Methode zu finden, muß man auf den Grund der Sache, wie überall, zurückgehen.

Das Einzelverhör ist und bleibt im Inquisitionsprozesse Regel, und zwar aus verschiedenen Ursachen; einmal, weil so wenig als möglich Zeugen dabei sein sollen, während sich der Richter vertraulich mit Jemandem unterredet; dann, weil es die wesentliche Aufgabe des Inquirenten ist, ohne Mitwirkung dritter Personen[9]) durch geschickte Fragen eine wahrheitgemäße Deposition zu erhalten; endlich, weil man für eine ruhige, leidenschaftslose Erörterung[10]), wie sie dem Gerechtigkeitsprincipe entspricht, nicht mehr bürgen kann, sobald sich die Contradicenten gleichsam wie feindliche Parteien gegenübertreten. In der That liegt stets etwas Gehässiges darin, daß an einem Orte, wo die Wahrheitspflicht in vollem Maße gilt, Einer dem Anderen eine Unwahrheit, ja eine Lüge vorwirft.

Hieraus ergibt sich von selbst, daß Confrontation nur als ein Aus-

---

7) Rey, des institutions, Vol. I. p. 56. Vol. II. p. 335, 385. Mittermaier, das teutsche Strafverf. (3. Aufl. 1839) Bd. I, S. 163.

8) Damhouder l. c.: Quum duorum captivorum alter alteri crimen imponit et in delationibus discordant, iubet utrunque iudex sibi sisti; — similem quoque confrontationem exercet, quoties duo testes in materia criminali disconveniunt.

9) Martin, Lehrbuch des Criminalprozesses (4. Ausg. 1836), §. 63, 115, nennt als Hauptgrund die Vermeidung von Colluſionen; doch muß man hier weniger an Intriguen, als an die Möglichkeit einer unwillkürlichen Nachrednerei und Accomodation der Aussagen denken. Vergl. übrigens v. Jagemann, Handbuch der gerichtlichen Untersuchungskunde (Frankfurt 1838), §. 509—512.

10) Heinroth, über die Wahrheit (Leipzig 1824), sagt sehr richtig S. 241: Die Wahrheit offenbart sich objectiv durch Freiheit der Erkenntniß; subjectiv durch innere Einigkeit.

Digitized by Google

nahmsverhör[11]) betrachtet werden kann. Es fragt sich aber, unter welchen Bedingungen diese Ausnahme eintreten darf und soll.

Der Richter hat vorerst alle Personen, die dem Vermuthen nach irgend Auskunft über das vorliegende Verbrechen geben können, einzeln und ohne vorgefaßte Meinung zu vernehmen; sind sie alle abgehört, so bildet sich ein Fürwahrhalten, aber noch keine Gewißheit, sowie diese überhaupt der Untersuchungsrichter nur denken, aber nie aussprechen darf[12]), wenn er dem Spruchrichter nicht vorgreifen will. Eine Vergleichung der Aussagen der Inculpaten und der Zeugen führt ihn auf mehr oder minder bedeutende Widersprüche; ja man kann sagen, daß in keinem Untersuchungsfalle eine vollkommene, bis in die kleinsten Einzelheiten gehende Concordanz auf die erste Abhör zu erzielen sei. Sehr oft werden diese Widersprüche zu lösen sein durch weiteres specielleres Verhör der Deponenten, und zwar theils durch das Anhalten zur Zergliederung aller Thatsachen, theils durch Veranlassung, die Gedächtnißkraft mehr anzustrengen, theils durch Erwecken einer richtigen Vorstellung von der Wichtigkeit der Sache. Ist der Deponent auf diesem Wege nicht zur Abweichung von seinen ersten Angaben zu bringen, so folgt der Vorhalt der gegentheiligen Aussagen, jedoch nur schrittweise und mit Vorsicht, damit nicht eine Nöthigung[13]) darin gefunden werde. Dieser Vorhalt geschieht zuerst bei demjenigen, von dem man glaubt, er stehe mit dem wahren Thatverhalt in Widerspruch, und bleibt dieß ohne Erfolg, so hält man ebenso dem anderen Theile das Entgegenstehende vor. Wenn diese Versuche der Ausgleichung fruchtlos erschöpft sind, so entsteht erst die Frage: ob zur Confrontation geschritten werden müsse. Keine Billigung verdient die Maxime mancher Praktiker, daß wegen eines jeden ungelösten Widerspruches Confrontation anzuordnen sei[14]). Man darf nämlich nie vergessen, daß dieser Act in der Regel für beide Theile ein höchst unan-

---

11) Diether l. c. p. 140, ist sogar der Ansicht, daß es nicht nothwendig sei, diesen Act vorzunehmen: Confrontatio non est de substantia processus inquisitionis, nec omissa ipsum vitiat. Man kann aber einwenden: Es ist Alles wesentlich, was die Wahrheit zu fördern vermag. Confrontationen liefern zwar selten, vielleicht unter zwanzigmal nur einmal, ein neues Ergebniß; aber schon diese Möglichkeit reicht hin, sie dringend anzuempfehlen.

12) Bolley, Anweisung zum Verfahren in Strafsachen (Stuttgart 1809), sagt: der Inquisitor betrachte die Untersuchung nicht als Mittel für die Verherrlichung seines Combinationsvermögens.

13) Dieß ist der wahre Begriff einer verbotenen Suggestion. Nur wenn die Freiheit des Willens oder der Einsicht durch die Form einer Frage oder eines Vorhaltes beeinträchtigt werden kann, erscheint diese ordnungswidrig. Tittmann, Handbuch der Strafrechtsw. Th. III, S. 362. — Mittermaier, das teutsche Strafverfahren, Th. I, S. 494, bemerkt sehr richtig, daß überall, wo keine Folter und keine Lügenstrafen mehr bestehen, die Suggestion, sobald sie nur mit der nöthigen Vorsicht angewendet wird, keinem erheblichen Bedenken unterliegt. Vergl. jedoch Martin a. a. O. S. 137, 138.

14) Kleinschrod, über die Nothwendigkeit, den Gebrauch der Confrontationen in peinlichen Prozessen einzuschränken (Abhandl. I, N. 3). Bolley a. a. O. §. 140. Martin a. a. O. S. 285. Stübel, Criminalverfahren, Bd. VI, §. 2069.

genehmer ist. Nicht immer ist böser Wille oder der Lügengeist Ursache des Widerstreites in den Aussagen; auch Irrthum, trübe Erinnerung und Phantasie[15]) können zur falschen Darstellung einer Thatsache verleiten, und in solchen Fällen läßt sich, wenn einmal der Vorhalt des Gegensatzes vergeblich war, kaum erwarten, daß die Confrontation ein weiteres Resultat herbeiführen werde. Denn was die Seele einmal nicht zu reproduciren vermag, dessen kann sich auch der Verstand, trotz aller Ueberzeugungsgründe, nicht mehr lebendig bewußt werden. Man muß daher vor Allem unterscheiden, ob das Subject, von dem man glaubt, daß es eine Thatsache unrichtig erzählt habe, von gutem oder zweideutigem Charakter ist. Im ersten Falle wird man die Unannehmlichkeit so lange wie möglich zu ersparen suchen; auch bringt man dergleichen Personen gewöhnlich schon durch die Andeutung, daß es zur Gegenstellung kommen könne, so weit, daß sie sagen: es sei möglich, daß der Gegentheil Recht habe; daß sie ihm vertrauen und ihre Meinung unterordnen wollten, wenn er standhaft darauf beharre oder schwören könne[16]). Hat es dagegen den Anschein, daß es nur auf Winkelzüge, auf Täuschung und Trug bei dem Leugnen abgesehen sei, so kann die Gegenstellung nur in seltenen Fällen umgangen werden. Immer bleibt aber die Rücksicht auf einen ehrenwerthen Contradicenten noch übrig, der sich nur ungern einem frechen Lügner gegenüberstellen ließe[17]). Ist es schon an und für sich eine der härtesten Staatsbürgerpflichten, gerichtliches Zeugniß ablegen zu müssen, so wird die Forderung des Gesetzes um so lästiger, wenn man sich den Insolenzen eines determinirten Verbrechers aussetzen muß, und ginge auch der Act ohne directe Beleidigung vorüber, so ist es einem honetten Menschen schon peinlich, seine wohlüberlegte und durch Eid bekräftigte Aussage als wahr nicht anerkannt zu sehen und einem vielleicht schon durch den Anblick abschreckenden Individuum dabei gegenüberstehen zu müssen[18]).

Aber nicht blos diese zarten Rücksichten, sondern auch politische, müssen den Inquirenten bestimmen, die Confrontation so viel wie möglich einzuschränken. Man kann nämlich annehmen, daß Leute, die ein-

---

15) Ja, es gibt sogar Gewohnheitslügner, die blos aus Leichtsinn oder aus kleinlichen Rücksichten allem Erlebten in der Erzählung ein etwas verändertes Colorit geben. Vergl. Heinroth, die Lüge (Leipzig 1834), S. 173. Aber solche Subjecte vermag man durch ernste Gewissensrührung doch meist zur Besinnung zu bringen.

16) Man wird sich mit einer solchen Erklärung um so mehr beruhigen können, als eine ausdrückliche Affirmation von dem Nichtverwerfen der entgegenstehenden Aussage materiell wenig verschieden ist.

17) Etwas Schimpfliches läßt sich zwar, wie Mittermaier a. a. O. S. 405 bemerkt, in dem Act nicht erkennen; aber etwas Empfindliches, ja Verletzendes kann doch ein Gebildeter darin finden. Vergl. Tabor l. c. p. 132, 133, wo es unter Andern heißt: Honestum virum aut matronam ad confrontationem facile adigendam non esse.

18) Stübel a. a. O. §. 2068, hat Recht, wenn er behauptet, ein Jeder, der zur Ablegung des Zeugnisses überhaupt verpflichtet sei, habe kein Widerspruchsrecht gegen die Confrontation. — Aber Gründe der Billigkeit können dagegen vorgebracht werden.

mal gerichtlich confrontirt sind, von nun an sich nicht mehr gut werden[19]), ja in Verfolgungen übergehen. Die bürgerliche Eintracht zu erhalten, gehört zu den schönsten Aufgaben der Regierung, und es darf daher ein Richter, als Handhaber der gesetzlichen Ordnung, am wenigsten zu einer leichtsinnigen Friedensstörung sich verleiten lassen. Nur wenn das höhere Gebot, ein gerechtes Urtheil vorzubereiten, es erfordert, darf er solche Zerwürfnisse herbeiführen, und auch dann ist er noch zur höchsten Aufmerksamkeit verpflichtet, widrigen Auftritten überall nach Kräften vorzubeugen.

Häufige Confrontationen haben aber auch den Nachtheil, daß die Entgegengestellten am Ende gleichgiltig dabei werden und, folgeweise, zum Widerrufe etwaiger Lügen sich unter keiner Bedingung mehr bequemen. Deshalb wird es auch wieder wesentlich, die Confrontationen immer so kurz als möglich abzumachen. Im Irrthum ist, wer da meint, ein Inculpat sei um so eher zu erweichen, je länger er die Gewissensfolter aushalten muß, einem angesehenen Zeugen gegenüberzustehen, der sein Lügengebäude Wort für Wort zusammenreißt; die Gewohnheit ist die mächtigste Herrscherin in allen Sphären menschlicher Handlung, und so gewöhnt sich auch der Inculpat an den anfangs unheimlichen Anblick des Lügenfeindes und gewinnt zuletzt wohl gänzlich die nöthige Ruhe, um festen Widerstand zu leisten[20]). Faßt man dagegen die Hauptpunkte in wenigen Sätzen zusammen, so bleibt der Eindruck intensiver und der Angeklagte kann sich vielleicht in seiner Besorgniß noch Manches hinzudenken, was der Gegner wissen dürfte, ohne es ausgesprochen zu haben[21]).

Endlich soll nicht unerwähnt bleiben, daß der Inquirent seine kostbare Zeit nicht auf überflüssige Geschäfte verwenden darf. Wie manchmal würden die Stunden, die mit unnöthigen, weitschweifigen Confrontationen hingehen, besser zur gründlichen Erforschung der Seelen- und

---

19) v. Jagemann, im neuen Archiv a. a. O. S. 51, 54. Es mag hier die Bemerkung eine Stelle finden, daß der Richter, sobald er bei der Confrontation eine Drohung vernimmt, wohl daran thun wird, dieselbe actenmäßig zu machen, und dem Drohenden zu erklären, daß nun ein gesetzliches Indicium gegen ihn begründet sei, sobald dem Bedrohten ein Leid geschehe. P.-G.-O. Art. 32.

20) Deshalb darf auch die Confrontation nicht später als mehrere Tage nach dem Einzelverhör, wo dem Inculpaten der Widerspruch vorgehalten wurde, vorgenommen werden; denn je länger dieser darüber nachdenkt, desto leichter wird es ihm, einen Ausweg zu finden, wie er an der Unannehmlichkeit vorbeikommen kann. Besonders bei klugen und verschmitzten Inquisiten ist es nothwendig, die Gegenstellung der Zeugen so überraschend und präcis als möglich einzuleiten. v. Jagemann, Handbuch der Untersuchungskunde, §. 300—305.

21) Etwas Mysteriöses kann, wenn es auch nur anscheinend ist, einen leugnenden Verbrecher so beunruhigen, daß er endlich seine Neugierde nicht mehr bezähmen kann, danach fragt und sich zugleich gefangen gibt, weil er von Dingen spricht, die ihm vom Richter noch nicht vorgehalten wurden, wie z. B. wenn er von einem wortkargen Zeugen sagt: der glaubt vielleicht, ich hätte ein Messer gehabt; da irrt er sich aber sehr.

Gemüthszustände im Augenblicke der That benutzt, worüber die Untersuchungsacten so selten befriedigenden Aufschluß geben[22]).

Der Act der Gegenstellung sollte nur dann angeordnet werden, wenn es sich um die Aufklärung von Thatsachen handelt, die integrirend zu den Beweissätzen des Thatbestandes, der Thäterschaft oder der behaupteten Unschuld gehören[23]).

Nebenumstände, untergeordnete Specialitäten der Thatsachen, Vermuthungen und Dunkelheiten in den Aussagen können daher in der Regel nicht die Confrontation herbeiführen, und wenn es hier einmal dazu kommt, so kann nur die besondere Wichtigkeit des Falles es motiviren.

Hat der Richter den Act für nöthig erkannt, so entsteht wieder die Frage, ob er ihn den Betheiligten vorher ankündigen soll. Früher war dieß als ein Essentiale der Prozeßleitung erkannt, indem es dem Inculpaten gestattet war, eine defensio pro avertenda confrontatione zu versuchen. So interessant dieß ist, weil es einen Beweis liefert, daß auch die älteren Juristen die oben aufgestellte Ansicht, daß die Confrontation eine sehr empfindliche Maßregel sei, theilten, so ist es doch zu loben, daß die Praxis diese Art der Defension[24]), die nur dazu diente, die Untersuchungen in die Länge zu ziehen, theils ausdrücklich, theils stillschweigend aufhob; denn am Ende kam doch Alles immer wieder auf das Ermessen des Richters an, dem nirgends gesetzlich vorgeschrieben ist, wann und in welcher Ausdehnung er Confrontationen vornehmen soll.

Als unabänderliche Regel kann es nicht gelten, daß das Vorhaben der Gegenstellung vorhergesagt werde[25]). Es kommt auf den Charakter der Individuen dabei an. Den Zeugen pflegt man, sobald sie nicht ganz unverdächtig erscheinen, die Schlußfrage zu stellen: ob sie im Stande seien, ihre Angaben dem Inculpaten ins Gesicht zu wiederholen[26]). Man beabsichtigt dabei nicht nur, daß sie etwaige Unwahrheiten oder Verdrehungen bei Zeiten widerrufen möchten, um sich eine Beschämung, ja vielleicht eine Meineidsstrafe zu ersparen, sondern es sucht auch der Richter einer großen Verlegenheit vorzubauen, welche dadurch entstehen könnte,

---

22) Heinroth, System der psychisch-gerichtlichen Medicin (Leipzig 1825), S. 396—426.

23) Diesem in v. Jagemann's Aufsatze im neuen Archiv a. a. O. S. 33, aufgestellten Satze sind bereits beigetreten Henke, Handbuch des Criminalrechtes, Bd. IV, S. 698, Mittermaier, Strafverf. (3. Ausg.), Bd. I, S. 407. Am wenigsten wurde bisher der Unschuldsbeweis in dieser Beziehung berücksichtigt, und doch sollte jeder Entlastungszeuge, der das, was Inculpat durch ihn bestätigt wissen will, nicht aussagt, ihm entgegengestellt werden, wie z. B. wegen des behaupteten alibi.

24) Es wurde sogar eine Abhandlung darüber geschrieben von Eschenbach in comment. iur. Fasc. I. Nr. 4. (Rostochii 1784.)

25) Daß es wesentlich dabei auf eine Ueberraschung abgesehen sei, meinen Abegg, Lehrbuch des Criminalprozesses (Königsberg 1833), S. 199, und Bauer, Lehrbuch des Strafprozesses (Göttingen 1835), §. 131; Bolley a. a. O. §. 142; Mittermaier a. a. O. S. 409.

26) Pfister, merkw. Criminalfälle, Bd. V, S. 525, Nr. 14, macht hierüber Bemerkungen, welche sich täglich in der Erfahrung erproben.

daß der Zeuge im entscheidenden Augenblicke zurückgeht und so dem Anschuldigungsbeweise eine unheilbare Blöße gibt[27]). Letzteres kann auch ein Grund werden, unverdächtigen Zeugen gerade umgekehrt das Vorhaben der Gegenstellung zu verschweigen und sie ganz unerwartet mit dem Inculpaten zusammenzubringen. Dieß wird nämlich rathsam bei weichmüthigen und scrupulösen Menschen[28]). Wissen diese einmal, daß sie einem Delinquenten, der vielleicht dazu noch Gefangener ist, seine unglücklichen Verirrungen ins Angesicht sagen sollen, so machen sie sich, je länger sie darüber nachdenken, um so mehr Vorwürfe oder Gewissensbisse und können dahin gelangen, daß sie dann in der Confrontation selbst kein Wort mehr mit Festigkeit zu behaupten vermögen. Sowie aber der Anschuldigungszeuge zaghaft ist[29]), schadet er mehr, als er nützt, weil dann der Inculpat nie unterläßt, die Glaubwürdigkeit des Zeugnisses anzufechten. Dagegen muß man auch vorsorgen, daß die unvorbereiteten Zeugen nicht erschrecken, sondern ihnen, wenn sie auf Ladung erscheinen, mit wenigen Worten auseinandersetzen, auf was es bei der Confrontation ankomme[30]), die dann unmittelbar darauf vorgenommen wird.

Den Inculpaten sollte der Act immer vorher wo nicht angekündigt, doch angedeutet werden, wie etwa durch die Frage: ob sie dem Zeugen selbst gegenüber ihre Angaben behaupten, oder ob sie dem Zeugen beim Ableugnen seiner Erzählung ins Auge zu schauen sich getrauten[31]) und dergl. Es gehört zwar zu den Ausnahmen, aber nicht zu den ganz seltenen, daß der Inculpat auf die Ansage der Gegenstellung von seinem Widerspruche abgeht, theils aus Scheu vor hochgeachteten Zeugen, theils aus Scham, der Lüge geziehen zu werden, theils aus Ueberzeugung, daß es, wenn einmal der Zeuge bereit ist, seine Deposition angesichtlich zu wiederholen, zu erwarten steht, daß er auch Wort halte und dann nichts weiter, als eine Verzögerung bei der Gegenstellung herauskomme. Man

---

27) Es ist nicht davon die Rede, daß ein falscher Zeuge entlarvt und die Unschuld zum Siege geführt wird, welches nur wünschenswerth sein kann, sondern davon, daß beim Vorliegen vielfältiger Verdachtsgründe nicht ein unsicherer Zeuge plötzlich außer Fassung gebracht und dadurch die Frechheit des Angeklagten gesteigert werde.

28) v. Jagemann, im neuen Archiv a. a. O. S. 57.

29) Bolley, a. a. O. S. 278, kennt das Leben genau, wenn er sagt: Auch die wahrhaftesten Zeugen zeigen oft Schrecken bei der Confrontation, theils wegen der Wichtigkeit der Handlung selbst, theils wegen des falschen Wahnes, als ob sie eine Blutschuld auf sich laden, theils aus Furcht vor der Person des Inquisiten.

30) Zuweilen ist es auch rathsam, den Zeugen zu verbieten, von gewissen Thatumständen, die noch nicht hinlänglich aufgeklärt sind, oder worüber der Inquisit noch nicht speciell verhört ist, zu sprechen. Ueberhaupt ist in wichtigen Fällen gut, vorerst mit den Zeugen einen Plan zu verabreden, wie sie sich zu benehmen haben, um den möglichsten Eindruck hervorzubringen. Dieser Plan muß jedoch ehrlich sein, und darf nicht einer Intrigue ähnlich werden. Vergl. Müller, Lehrbuch des Criminalprozesses (Braunschweig 1837), S. 343, bes. Anm. 30.

31) Man kann dabei hinzusetzen, daß man gern dem Inculpaten die Unannehmlichkeit einer Gegenstellung, welche auf erfolgendes Geständniß nicht mehr nothwendig sei, ersparen wolle.

darf sich übrigens in solchen Fällen mit der oft gegebenen Erklärung der Inculpaten: daß sie die Aussagen der Zeugen als wahr gelten lassen wollen, niemals begnügen, weil dieß wie eine Transaction aussehen würde, sondern Inculpat muß aus eigener Erinnerung die Thatsachen erschöpfend vortragen, wenn er mit der Gegenstellung verschont bleiben will. Der Zeitpunkt, wann[32]) diese ausgeführt wird, braucht dem Inculpaten so wenig vorhergesagt zu werden, als überhaupt, wann man ein Verhör mit ihm abhalten will: denn es ist wünschenswerth, daß ein hartnäckiger Leugner durch die Zeugen überrascht[33]) werde und nicht in einer Stimmung vor sie trete, die schon viele Stunden vorher berechnet ist. Was die Zeugen angeben, weiß er ja schon aus dem Einzelverhöre; es kann also nur noch auf einen imponirenden persönlichen Eindruck ankommen.

Zeugen unter sich sollen durchaus nicht confrontirt werden, ohne daß man sich vorher bemüht hätte, ihre Widersprüche durch Ankündigung dieser unangenehmen Maßregel auszugleichen. Die Wahrheitspflicht der Zeugen geht natürlich weiter, als die des Angeklagten: denn diesen entschuldigt beim Leugnen einigermaßen das reinmenschliche Unlustgefühl, sich ein Strafübel zuzuziehen, während der Zeuge sich nur geehrt fühlen kann, wenn er vom Staate im Dienste der Gerechtigkeit aufgerufen wird. Die Kränkung und Niederlage eines Zeugen, der in der Confrontation der Lüge überwiesen wird, ist daher weit größer, als beim Inculpaten, der sich im Nothstande wähnt. Eben aus dieser Ursache haben auch die Confrontationen von Zeugen mit Zeugen weit seltener einen Erfolg, als andere Arten der Gegenstellung. Ist jedoch gar nicht daran vorbeizukommen, um eine wichtige Thatsache aufs Genaueste untersucht zu haben, so ist wieder ein Augenmerk darauf zu richten, ob der Zeuge schon beeidigt sei, oder nicht. Viele sind der Meinung[34]), daß überhaupt ein Zeuge nicht anders, als nach vorausgegangener Beeidigung verhört werden dürfe. Ohne in diese anderwärts zu besprechende Controverse näher einzugehen, darf hier doch die Bemerkung eine Stelle

---

32) Keinesfalls kann man eher dazu schreiten, als die Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit aus den Acten hervorgeht. Tabor l. c. disp. I. thes. 24. p. 17. et disp. I. th. 35. p. 27, 28. Carpzov l. c. nr. 77, 78. Auf die Tageszeit braucht man dabei gar keine Rücksicht zu nehmen; man kann in eilenden Fällen, besonders geständige Mitschuldige in der Nacht confrontiren.

33) In so weit nur, als der mit Besorgniß erwartete Augenblick plötzlich eintritt, kann in der Regel eine Ueberraschung gebilligt werden; nur die verstocktesten Verbrecher darf man ganz unvorbereitet vor die Zeugen führen. — Temme, Commentar über die preuß. Criminalordnung, S. 141, stimmt hierin bei, verkennt aber offenbar den Zweck dieses Actes, wenn er auf Verwirrung des Inculpaten hinwirken will; im Gegentheile muß die Confrontation, sobald Verwirrung eintritt, suspendirt werden. Vergl. auch Tittmann, Handbuch der Strafrechtsw. Bd. III, S. 423.

34) Martin, Rechtsgutachten des Spruchcollegiums zu Heidelberg (Heidelb. 1808), Bd. I, S. 112—114. — Heffter, Lehrbuch des gemeinen teutschen Criminalrechtes (Halle 1833), §. 619. Brunnemann, de proc. inq. cap. VIII. nr. 44—48. Müller, Lehrbuch des Criminalproz. §. 150. — Vergl. Zachariä, Grundlinien des Criminalproz. (Göttingen 1837), S. 151.

finden, daß das erste Verhör einer jeden Person in der Regel informativ ist, indem der Inquirent im Anfange nie mit Sicherheit unterscheiden kann, wer bei der Sache betheiligt sei, oder nicht[35]). Jemanden aber, der selbst zu der verbrecherischen That mitwirkte, von vorn herein beeidigt zu haben, gehört zu den störendsten Begegnissen. Doch kommt hinsichtlich der Confrontation noch der specielle Grund für die Nachbeeidigung hinzu, daß Meineiden eher vorgebeugt und folgeweise ein befriedigendes Resultat erzielt werden kann. Stehen sich Zeugen im Einzelverhör noch so schroff entgegen, so nähern sie sich gewiß immer bei einer vertraulichen Unterredung[36]), wo Einer das Gedächtniß des Anderen durch kleine Nebenumstände auffrischt, und sie haben dann auch bei der Berichtigung ihrer Aussagen[37]) nicht zu besorgen, daß sie wegen Verletzung der Eidespflicht in Untersuchung gezogen werden. Traut man übrigens einem der Contradicenten volle Gewissenhaftigkeit zu, so kann man diesen beeidigen und dann mit dem Unbeeidigten confrontiren[38]), worauf es sich zeigen wird, ob der letztere sich unverdächtig genug benimmt, daß er ebenfalls zum Eide angehalten werden kann. Sind Zeugen, die sich grell widersprechen, beiderseits schon beeidigt, so unterläßt man wohl besser die einmal versäumte Gegenstellung, weil voraussichtlich nichts weiter, als ein gerichtlicher Scandal damit bezweckt wird, wobei ein Theil den anderen des Meineides zu beschuldigen gleichsam genöthigt wird, ohne daß deshalb der Richter immer in der Lage wäre, denjenigen sicher herauszufinden, dem er den Prozeß machen könnte.

So sehr übrigens die Gegenstellung der Zeugen unter sich vor der Beeidigung rathsam erscheint, so sollte man Zeugen dem Inculpaten nicht anders entgegenstellen, als wenn sie den Eid schon geleistet haben: denn der Inquirent muß, um jedes möglichen Erfolges gewiß zu sein,

---

35) v. Jagemann, über Beeidigung der Zeugen im Strafprozesse, im Archiv des Criminalrechtes, Jahrg. 1835, St. IV, S. 496.

36) Es ist aus diesem Grunde sogar erlaubt, zwei oder mehrere Zeugen ausnahmsweise, wenn sie notorisch von redlichem und gewissenhaftem Charakter sind, gleich beim ersten Verhör zusammen eintreten zu lassen und ihnen dann den Austausch ihrer Wissenschaft zu gestatten, bis ein Jeder sich klar des Wahrgenommenen erinnern kann.

37) Dazu bringt man die Zeugen, sobald einmal das feierliche Verfahren eingeleitet ist, immer sehr schwer. Mittermaier a. a. O. Bd. I, S. 409, Nr. VII.

38) Derjenige, dem man mehr Wahrheitsliebe, und zwar nicht sowohl nach moralischer Ueberzeugung, als nach Lage der Acten, zutraut, hat bei dem Gegenstellungsacte zuerst das Wort und heißt daher Confrontant, der Andere aber Confrontat. Diese Ausdrücke haben sich überhaupt in der Praxis gänzlich festgesetzt, so ungereimt sie eigentlich sind, weil grammatisch unter einem Confrontanten nur der Richter verstanden werden könnte, welcher die Gegenstellung anordnet. S. Abegg a. a. O. S. 198. Wenn Inquisiten und Zeugen einander entgegengestellt werden, so bedarf es einer weiteren Bezeichnung, als dieser, gar nicht; sind es zwei Inquisiten, oder zwei Zeugen, zwischen denen ein Widerspruch ausgeglichen werden soll, so kann man sie Afferent und Contradicent oder, beziehungsweise, Hauptzeuge und Gegenzeuge, oder nach Umständen auch Beschuldiger und Beschuldigter nennen.

bei hartnäckigem Widerspruch immer die Steigerung übrig haben, daß er den Zeugen feierlich fragt, ob er bei dem abgelegten Eide die Wahrheit seiner Aussage versichern könne; erfolgt eine bejahende Antwort, so bleibt dem Inculpaten kaum ein vernünftiger Ausweg übrig. Ist freilich der Anklagezeuge selbst ein verdächtiges Subject, so kann man die Beeidigung verschieben, damit ihn der Angeklagte im Confrontationsacte um so wirksamer zurechtweisen könne [39]).

Wird endlich eine Gegenstellung zwischen Mitschuldigen nothwendig, so bedarf es einer Ankündigung schon deswegen nicht, weil der Richter wünschen muß, beide Theile unvorbereitet sich gegenüber zu sehen, damit sie keine Intriguen anspinnen und ohne Zurückhaltung sich aussprechen, wie dieß von Menschen, die ihre Worte vorher nicht berechnet haben, immer erwartet werden muß. Wiewohl auch hier der oben anempfohlene Vorhalt der Gegensätze im Einzelverhör nicht umgangen werden sollte, so kann man dieß doch so einrichten, daß die Complicen gar nicht ahnen, daß es zu einem Gesammtverhöre kommen könnte. Der Gewinn für den Richter bei letzterem besteht nämlich stets darin, daß er abstrahiren kann, in welchem Verhältnisse diese Subjecte zusammen stehen, welches unter ihnen dominirend, welches klüger und beherzter oder offener und reumüthiger sei [40]). Von selbst versteht es sich jedoch, daß die äußerste Vorsicht nothwendig wird, damit die Inculpaten nicht die Gelegenheit wahrnehmen, durch Reden oder Geberden zu colludiren; ja es geht die Schlauheit oft so weit, daß sie absichtlich Widersprüche herbeiführen, um zur Gegenstellung zu gelangen [41]) und sich dabei Winke zu geben.

Läßt sich übrigens annehmen, daß eine gravirende Aussage eines Mitschuldigen blos auf Bosheit oder anderen unedeln Motiven beruhe, so ist man dem Gegentheile schuldig, in der Confrontation auf die Entlarvung des Lügners kräftig hinzuarbeiten [42]).

Außer den erwähnten Beschränkungen, welche die Criminalpolitik

---

39) Mittermaier a. a. O. S. 405, verdient besondere Beachtung in den Worten: Mancher, der hinter dem Rücken eines Anderen eine Lüge sagt, wird nicht so leicht den Muth haben, die Unwahrheit auch dem Anderen in's Angesicht zu wiederholen.

40) Man muß besonders darauf merken, ob sich die Gegengestellten Vorwürfe machen, und bei der leisesten Andeutung ist darauf zu bestehen, daß die zu Grunde liegenden Thatsachen genau erörtert werden. Pfister a. a. O. Bd. V, S. 527.

41) Bolley a. a. O. S. 279. Müller a. a. O. S. 361, Anm. 31. Pfister a. a. O. Bd. IV, S. 162, 163.

42) Wenn jedoch die Beschuldigung gänzlich beweislos und vereinzelt dasteht, so darf man ein übel berüchtigtes Subject deshalb noch nicht mit einer wohlangesehenen Person confrontiren. Carpzov l. c. Nr. 78, warnt die Inquirenten: Videant, quomodo actionem iniuriarum effugiant, qui ad solam inculpationem virum honestum cum inquisito confrontari faciunt. Tabor, de confrontatione (Giessae 1663), p. 26, stellt den merkwürdigen Satz auf: Homines frontis rectae non confrontandi sunt cum criminosis nulla fronte praeditis.

dem Inquirenten hinsichtlich des Gegenstellungsverhörs auflegt, bestehen noch weitere, die aus dem römischen Rechte abgeleitet werden.

Man hält für befreit von der Pflicht des Zeugnisses überhaupt und insbesondere von der Confrontation 1) Descendenten und Ascendenten, 2) Ehegatten, 3) Geschwister und Geschwisterkinder, 4) Verschwägerte im ersten Grade[43]). Es läßt sich gegen diesen Satz nichts einwenden, wenn man ihn nicht allzustrict nimmt. Eine Nöthigung so nahe stehender Personen, gegen einander gerade da aufzutreten, wo die Folgen des Widerstreites am empfindlichsten ausfallen können, würde eine Grausamkeit sein, durch die der Staatsordnung, weil die Grundfesten des Familienlebens gefährdet wären, jedenfalls mehr geschadet als genützt werden könnte. Statuirt man aber die Befreiung vom Zeugnisse, so kann darunter nur das feierliche eidliche Zeugniß verstanden sein, nicht aber die Vernehmung im Informativ- oder Kundschaftswege. Ebenso wenig kann es gebilligt werden, wenn man die Dispensation zu einer Prohibition ausdehnen will. Jeder Verwandte kann vorgeladen und vorerst summarisch befragt werden; versichert er, nichts angeben zu können, so darf man nicht weiter in ihn dringen; verweigert er jede Antwort, so ist er, vorausgesetzt, daß Pietät und nicht bloßer Ungehorsam die Ursache ist[44]), sofort zu entlassen; äußert er sich aber freimüthig, so wird Alles genau aufgezeichnet und die Schlußfrage gestellt, ob er das Zeugniß durch Eid bekräftigen wolle; auf bejahende Antwort kann dieser ohne Anstand abgenommen werden[45]). Letzteres ist nach bestehender Erfahrung bei weitem der häufigste Fall, ja es wird einem gewandten Inquirenten, der solche Leute mit Ruhe und Zartgefühl behandelt, kaum vorkommen, daß die Antwort gänzlich versagt wird.

Die Frage, ob unter Verwandten zur Confrontation geschritten werden darf, ist also keine müßige, wenn gleich schon die erste Abhör nicht erzwungen werden darf. Aber daß die Gegenstellung weit größerem Bedenken wie das Einzelverhör unterliegt, springt in die Augen. Es kann selbst dem Richter nicht angenehm sein, Personen, die durch Bande

---

43) Dieß folgt aus L. 4. 5. D. de test. (22. 5.) und L. 6. C. de test. (4. 20.) Es sind nach der ersten dieser Gesetzesstellen auch die Nachgeschwisterkinder und sogar deren Kinder (sobrinus, sobrina etc.) ebenfalls befreit; aber diese, gewiß allzu weite, Ausdehnung eines Privilegiums hat die Praxis aufgehoben. Quistorp, Grundsätze des peinlichen Rechtes, §. 716, will überhaupt die Ausnahmen von der Zeugenpflicht nicht unbedingt gelten lassen.

44) Stübel, a. a. O. §. 2438, hat hierüber gewiß die richtigste Ansicht aufgestellt, nämlich: daß es dem Ermessen des Richters anheim gestellt bleibe, ob die vorgebrachten Entschuldigungsgründe als relevant im concreten Falle gelten können. Wenn z. B. Verwandte in offener Feindschaft stehen, so ist nicht einzusehen, warum sie des Zeugnisses gegen einander sich entschlagen wollen; es müßten denn gerade edlere Rücksichten im Hintergrunde sein.

45) Wenn auch kein Hinderniß mehr im Wege steht, wird ein kluger Inquirent nur im Nothfalle die Beeidigung vornehmen, weil doch immer zu präsumiren ist, daß ein verstecktes Interesse für den nahe stehenden Inculpaten zum Meineide führen könnte. Eschenmayer, System der Moralphilosophie (Stuttg. 1818), §. 247.

des Blutes eng verbunden sind, in eine so feindselige Position zu bringen. Dessenungeachtet muß es erlaubt sein, auch hier die Confrontation anzuordnen[46]), 1) wenn es die Contradicenten beiderseitig wünschen, 2) wenn es derjenige Theil, dem der andere Ehrfurcht schuldig ist, ausdrücklich verlangt, 3) wenn beide Theile als Mitschuldige in Untersuchung stehen.

Die vorhin aufgestellten Regeln über Sparsamkeit der Confrontation finden hier natürlich in verstärktem Maße Anwendung, und es kommt noch die Rücksicht auf die Individualität der Personen hinzu. Ist nämlich einer der Contradicenten besonders roh, heftig oder bösartig, so daß ein scandalöser Auftritt sicher vorauszusehen wäre, so ist es besser, auf jenes Erforschungsmittel, da es nichts als Erbitterung hervorbringen könnte, zu verzichten und die Gründe in die Acten zu bemerken. Daß man übrigens bei verwandten Coinculpaten weniger Umstände macht, wie bei allen Anderen, erklärt sich wohl von selbst daraus, daß sie sich ohne Zuthun des Richters in ein gesetzwidriges Verhältniß begeben haben, dessen Folgen sie daher auch tragen mögen.

Eine Ausdehnung jenes Privilegiums auf Personen, die durch äußere Umstände in ein Achtung gebietendes Verhältniß gekommen sind, kann jedoch von einer vernünftigen Praxis durchaus nicht statuirt werden[47]). Im gemeinen Leben ist allerdings Werth darauf zu legen, daß Verhältnisse, wie z. B. zwischen Herrn und Diener[48]), Pflegeeltern und Pflegling, Lehrer und Schüler, Beamten und Untergebenen, Geistlichen und Pfarrkindern, Wohlthätern und Unterstützten u. A. möglichst heilig gehalten werden; denn diese Abstufungen gehören zu den nothwendigen Einrichtungen eines wohlgeordneten Staates; aber nicht läßt sich die aus so allgemeinen Rücksichten gebotene Schonung auf specielle Fälle anwenden, wo es sich darum handelt, den Beweis eines Criminalverbrechens herzustellen. Die meisten Verbrechen werden, nach dem natürlichen Laufe der Dinge, gerade in demjenigen Kreise begangen, wo der Thäter heimisch ist. Sind nun seine Freunde, Hausgenossen, Pflegebefohlenen u. s. w. auch nicht jedesmal unmittelbare Zeugen, so können sie doch

---

46) Ein Rescript von Diocletian (L. 6. C. de test. (4. 20.)) verbietet zwar unbedingt die Ablegung eines Zeugnisses von Eltern und Kindern gegen einander, wenn sie sich auch bereit dazu erklären; aber diese ehrenwerthe Schonung kann doch nach neueren Ansichten nicht so prävalirend sein, daß man den Beweis eines wichtigen Criminalfalles dafür aufopfern müßte. Bayer. Strafgesetzbuch, Art. 280, Nr. 4, und hannov. Entw. Art. 216, Nr. 4.

47) Die vollständigste Uebersicht der Literatur über diesen Punkt findet man in Zachariä a. a. a. O. S. 225, 226.

48) Die L. 4. D. de test. (22. 5.) L. 1. §. 5—10. L. 2. 3. L. 9. §. 1. D. de quaest. (48. 18.), und Paullus, sent. rec. lib. V. tit. 16. sprechen nur von dem Verhältnisse zwischen Sclave und Freigelassenem zu dem Herrn und Patron; dieß kann aber auf die Dienstboten unserer Tage nicht angewendet werden, weil die bürgerliche Freiheit derselben auf keine Weise mehr beschränkt ist. Uebrigens gestattet selbst das röm. Recht in L. 7. D. de quaest. (48. 18.) für Nothfälle (cum alia probatio ad eruendam veritatem non est) eine Ausnahme. Vergl. hierüber besonders Mittermaier, die Lehre vom Beweise (Darmstadt 1834), S. 335, 336.

gewöhnlich über Nebenumstände vor oder nach der That aussagen und daher indicia antecedentia oder subsequentia[49]) begründen.

Steht aber auch solchen Leuten gegen die Confrontation keine rechtliche Einwendung zu, so ist doch den Inquirenten eine billige Rücksicht zu empfehlen, damit so zarte Verhältnisse nicht anders als in wahren Nothfällen verletzt werden. Sind z. B. mehrere Zeugen vorhanden, die alle im wesentlichen dasselbe aussagen, so kann man die Confrontation derjenigen unter ihnen umgehen, die aus Hochachtung, Furcht oder Liebe gegen den Inculpaten besonders wünschen, davon befreit zu bleiben.

Man hat bisher zu wenig unterschieden zwischen summarischer und feierlicher Confrontation[50]). Erstere gehört in die General-, letztere in die Specialuntersuchung[51]), und das Charakteristische bei jener ist, daß die aufgerufenen Zeugen noch nie durch Eid verpflichtet sind, und daß die Fragen weit einfacher und bündiger gestellt werden, wie bei dieser.

Ueberall nämlich, wo es zweifelhaft erscheint, ob die Confrontation in einem späteren Stadium der Untersuchung noch ausgeführt werden könnte, ist es ein Klugheitsgebot, sie von vorn herein zu anticipiren, damit nicht ein so wichtiges Erforschungsmittel gänzlich verloren gehe. Ist z. B. ein Verwundeter so schwer krank, daß man in den nächsten Tagen sein Ende zu erwarten hat, oder ist er oder ein Gegenzeuge Ausländer und im Begriffe weiter zu reisen, oder zeigt der Inculpat gleich bei der ersten Vernehmung eine Stimmung, in welcher durch den Anblick der Zeugen ein Geständniß erreicht werden könnte, so wäre es gewiß eine nicht zu rechtfertigende Pedanterie, wenn man die Gegenstellung aus Mangel an einigen Förmlichkeiten, die nicht gleich erfüllt werden können, unterlassen wollte. Man muß sich bei der summarischen Confrontation allerdings nur auf einige Hauptpunkte[52]) be-

---

49) Die Vorbereitung zur That, die Zeit des Ausganges und der Heimkunft, das Mitnehmen oder Zurückbringen auffallender Gegenstände, die Gemüthsstimmung, die Aeußerungen über das Geschehene und, in Bezug auf Entschuldigungsbeweis, die negativa loci, alle diese Umstände können in der Regel nur durch Vernehmung der Hausgenossen und Aufsichtspersonen ausgemittelt werden, und wo sie sich in Widerspruch mit dem Angeklagten stellen, ist ihre Confrontation sogar weit wirksamer, als wären sie ihm fremd. Tabor l. c. p. 132—137. Stübel a. a. O. §. 2437, 2438.

50) Vergl. v. Jagemann, Handbuch, §. 153—161.

51) Schon Quistorp, a. a. O. §. 717, gibt zu, daß wegen „Gefahr beim Verzuge" noch vor der Vernehmung des Angeschuldigten über die „Inquisitionalartikel" dessen Gegenstellung mit dem Damnificaten, mit Complicen oder Zeugen stattfinden könne. Tittmann, a. a. O. §. 801, stellt diesen Lehrsatz schon allgemeiner hin und meint sogar, es käme dabei überhaupt auf den Grad des vorliegenden Beweises nicht an, und in neuester Zeit hat sich auch Mittermaier, teutsches Strafverf. (3. Aufl.), Th. I, S. 408, in diesem Sinne ausgesprochen.

52) Dazu gehört z. B. die Thatsache des Zuschlagens beim Verbrechen der Tödtung, des Wegspringens mit gestohlenen Objecten, des körperlichen Angriffes bei der Nothzucht, und alle Nebenumstände läßt man für eine spätere Erörterung ausgesetzt.

schränken, die schon bei der Information hell hervortreten, und zwar theils, damit das Material zur speciellen Ueberführung nicht voreilig verbraucht, theils damit nicht Knoten durch Widersprüche geschürzt werden, die aus Mißverständnissen oder aus Mangel an einer durch Eidespflicht geschärften Ueberlegung entstehen.

Stirbt oder entfernt sich dann eine der confrontirten Personen, so kann freilich die solenne Gegenstellung[53]) nicht nachgeholt werden; aber der Gewinn ist um so größer, daß die bedeutendsten Thatsachen schon contradictorisch erörtert sind, und zwar um so mehr, wenn die Sache dadurch eine neue Wendung nahm.

Nicht minder hat einen nachtheiligen Einfluß auf diese Lehre die bisherige Meinung gehabt, daß nie mehr als zwei Personen einander gegenüber gestellt werden dürften[54]). Als Regel kann man dieß gelten lassen, jedoch nur dann, wenn Ausnahmen der Discretion des Untersuchungsrichters anheim gegeben werden[55]). Kommt es auf eine ausführliche Erörterung zwischen zwei Personen an, so wäre es ungeschickt, noch Andere, die so lange müßig dastehen müssen, beizuziehen; ebenso, wenn die Schlauheit derselben bekannt genug ist, daß man Collusionen bei der Anwesenheit Mehrerer zu erwarten hätte[56]); aber der Beweis wird offenbar schlagender und eindringlicher, wenn einige Zeugen oder beschuldigende Complicen zu gleicher Zeit dem Inculpaten unter die Augen gestellt werden, so daß einer den anderen mit den Thatsachen ablöst, wie sie in natürlicher Ordnung aufeinander folgen, und sich wechselseitig unterstützen[57]). Ein zusammenhängender Indicienbeweis kann nicht besser recapitulirt werden, und wenn es irgend möglich ist, ein Geständniß zu erlangen, so muß es auf diesem Wege geschehen, weil der verstockteste Delinquent sich dabei überzeugen muß, daß eitler Widerspruch gegen eine solche Harmonie der Beweise nichts mehr fruchten kann[58]). Man kann auch mit Einzelconfrontation den Act begin-

---

53) Diese geschieht immer mit Eingehung in alle Details, und kann daher in viele Fragen zerfallen, während die summarische sich in der Regel nur auf Eine beschränkt. Die wiederholte (feierliche) Gegenstellung hat daher theils den Zweck, die schon angeregten Thatsachen weiter in die Einzelheiten zu verfolgen, oder neu entdeckte Indicien zur Besprechung zu bringen. Tabor l. c. p. 86., behandelt bereits die repetitio confrontationis in einem besonderen Capitel, unter Berufung auf ein responsum der greifswalder Juristenfacultät von 1658. Von den späteren Prozeßlehrern ist aber hierauf fast gar kein Bedacht mehr genommen worden.

54) Vergl. Tittmann, im Archiv des Criminalrechtes, Bd. III, St. 3, S. 485 flg. Preuß. Criminalordn. §. 350.

55) Pfister a. a. O. Bd. IV, S. 450, 479.

56) Es gibt übrigens ein Mittel, sich gegen Winke und Zeichen der Confrontirten zu sichern; dasselbe besteht darin, daß je zwischen zwei derselben ein Gefangenwärter, Polizei-, oder Amtsdiener gestellt wird, der sie stets im Auge hält.

57) Man stellt die beschuldigenden Personen alsdann schon in der Reihe auf, wie sie aufgerufen werden sollen und hält streng darauf, daß keine voreilig zu reden anfängt.

58) Temme, Commentar, S. 143, bemerkt deshalb: Hat der Verbrecher

nen und ihn dann, wenn sich alle Zeugen bewährt haben, mit der Gesammtconfrontation beschließen, oder auch diese später, bei einer günstigeren Stimmung des Inquisiten, vornehmen.

Daß Zeugen unter sich in größerer Anzahl als je zu zwei confrontirt werden, kann kaum vorkommen, da es hier nicht sowohl auf Ueberweisung, als auf Herstellung möglichster actenmäßiger Wahrheit abgesehen ist, ja eine moralische Nöthigung mit der Gewissensfreiheit der Zeugen nicht einmal verträglich wäre.

Die Fragestellung ist bei dem Confrontationsverhöre besonders schwierig, weil die Fragen so lauten müssen, daß beide Theile ohne Präjudiz, d. i. ohne eine noch nicht zugegebene Thatsache stillschweigend einzuräumen[59]), offen darauf antworten können. Hieraus folgt, daß die Fragen, während sie beim Einzelverhör in die kleinsten Specialitäten eingehen, sich mehr im Allgemeinen halten. Es bedarf bei der Confrontation eigentlich nur eines richtigen Ausgangspunktes zu der discursiven Erörterung, und wenn die Unterredung einmal begonnen hat, kann man nicht so leicht wieder Einhalt gebieten[60]). Will man gewisse Punkte, die zur Confrontation nicht geeignet oder noch nicht reif sind, ganz außer dem Spiele lassen, so muß man die Zeugen erst allein instruiren[61]), so wie es umgekehrt manchmal von guter Wirkung ist, wenn die Zeugen vorher wissen, auf welche Theile ihrer Aussage sie einen besonderen Nachdruck legen sollen.

Die Confrontation kann auch durch Einzelfragen, die nöthig werden, um eine neue Assertion oder einen Widerruf aufzuklären, unterbrochen werden; hierbei muß denn der Gegentheil schweigen, bis wieder eine Gesammtfrage gestellt wird. Am zweckmäßigsten ist übrigens, die Confrontation, sobald ein Inculpat zum Geständnisse schreitet, oder Verdachtsgründe des Meineides gegen einen Zeugen sich ergeben, so schnell als möglich abzubrechen und das Verhör, nach Entfernung der Vorgestellten, mit dem beachtenswertheren Subjecte allein fortzusetzen[62]).

---

(Angeschuldigte?) alle Zeugen seiner verbrecherischen That, seiner verdächtigen Aeußerung gegen sich, so tritt das Bild seines Verbrechen um desto lebhafter vor ihn; er wird mehr aus der Gegenwart heraus in die Vergangenheit gezogen; — er muß jetzt die Waffen, die er nur gegen Einen zu richten hatte, gegen Mehrere verwenden, also zersplittern.

59) Mit Recht äußert Bolley, a. a. O. S. 278, das Bedenken, daß bei der Confrontation ungeeignete Suggestionen vorkommen möchten. Wenn sich nämlich auch der Inquirent vorsichtig ausdrückt, so läßt sich von den Zeugen nie erwarten, daß sie sich eingebender Fragen gänzlich enthalten können.

60) Die Art und Weise, wie der Inquirent nach der Ansicht von Stübel, a. a. O. §. 2084, 2085, dabei eines jeden Wortes Meister und Gebieter bleiben soll, ist gänzlich unausführbar.

61) Man muß sie namentlich noch einmal an den abgelegten Eid erinnern. Martin, Lehrbuch des Criminalprozesses, S. 284. Klaproth, Einleitung in den summar. Proz., §. 551, S. 796.

62) Tittmann a. a. O. §. 804. Stübel a. a. O. §. 2087. Es gibt übrigens auch Fälle, wo es besser scheint, den Zeugen, der den Inculpaten zum Geständnisse bewegt, während der detailirten Verfolgung und Aufnahme desselben anwesend zu lassen; nämlich dann, wenn der letztere ein besonderes Vertrauen

Das Ergebniß der Confrontation sollte übrigens immer in kurzen Sätzen dargestellt werden [63]), wenn nichts weiter als der schon bekannte Widerspruch dabei herauskommt: denn es genügt alsdann, daß der Spruchrichter sich überzeugen kann, wie kein Theil dem anderen nachgegeben hat. Ohnedieß sprechen die Leute, die sich gegenüber stehen, gewöhnlich so rasch und eifrig, daß man unmöglich ihre Worte alle nachschreiben kann.

Hinsichtlich der Gerichtspolizei bei Confrontationen muß noch erwähnt werden, daß der Inquirent hier mit einem besonderen Takte zu Werke gehen muß, damit weder grobe Unarten, oder persönliche Angriffe vorfallen, noch die Redefreiheit durch strenge Aufsicht zu sehr gehemmt werde. Gerade eine gewisse Aufregung ist es, welche man durch die Gegenstellung erreichen will. Würden sich die Confrontirten alle in starrer Kälte ihre Aussagen vorhalten, so wäre kaum jemals die Lösung des Widerspruches zu erwarten, tritt aber Erbitterung, Verachtung, Erglühen für die Wahrheit, Scham oder Reue hinzu, so hört die schlaue Berechnung auf und es erfolgen Concessionen, die plötzlich ein Licht über die Sache verbreiten. Ereiferung, ja Heftigkeit kann man daher immerhin dulden, wenn nur nicht versäumt wird, von Zeit zu Zeit die Ermahnung zu geben, daß die Grenzen des Anstandes nicht überschritten werden dürfen [64]), und geschieht dieß endlich dennoch, so muß ein Verweis oder eine Arreststrafe von etlichen Stunden, oder bei schon Verhafteten eine Arrestschärfung durch Hungerkost, einsame Einsperrung oder Dunkelarrest erfolgen. Ehrenkränkungen können außerdem durch Privatklage zur Strafe gebracht werden. E. von Jagemann.

**Confusio.** Dieser Kunstausdruck kommt im römischen Privatrechte in verschiedenen Beziehungen vor. In der Lehre von der Erwerbung des Eigenthums heißt confusio nach der Ansicht der neueren Rechtsgelehrten die Vermischung flüssiger oder flüssig gemachter Körper, während man commixtio die Vermengung fester, trockener Körper nennt. Indessen ist es wohl richtiger, dem Sprachgebrauche der römischen Juristen zufolge beide Kunstausdrücke für identisch zu erklären [1]) und anzunehmen, daß

---

zu dem Zeugen darlegt und furchtsam wird, sobald er sich mit Richter und Actuar allein sieht. Man muß aber den Inculpaten doch nie zu fragen versäumen, ob er wünsche, daß Zeuge beim Einzelverhör noch anwohne. Dieser muß sich natürlich ganz passiv dabei verhalten.

63) Einen besonderen Werth haben auch die Geberdenprotokolle, die man noch weitläufiger als die Reden aufnehmen sollte, so oft ein Geständniß nicht erfolgt; denn man kann darin oft einen Beweis erkennen, der schlagender ist, als jeder andere, nämlich das sichtbare Schuldbewußtsein. Tabor l. c. Diss. I. thes. 36. Diss. II. thes. 23. Diss. III. thes. 19. Pufendorf, introd. in proc. crim. cap. XVI. §. not. g. Stübel a. a. O. §. 2087.

64) Dieß gilt nicht blos von den Inculpaten, sondern auch von den Zeugen. Tittmann a. a. O. S. 425.

1) L. 5. pr. u. §. 1. D. de rei vindic. (6. 1.) L. 3. §. 2. D. ibid. Vergl. Buchholtz, Versuche über einzelne Theile der Theorie des heutigen römischen Rechtes, S. 119—122.

jeder gebraucht worden sei, um die Vereinigung mehrerer flüssiger oder trockener Körper zu bezeichnen. Was die Grundsätze anbetrifft, nach welchen man dieß Verhältniß zu beurtheilen hat, so sollte man erwarten, daß bei der Gleichheit der Begriffe auch gleiche Regeln im Falle der Vereinigung fremder flüssiger oder trockener Körper beobachtet werden müssen. Dem ist indeß nicht also. Was zunächst den Fall betrifft, wenn mehrere verschiedenartige Stoffe vermischt werden, so war es zur Zeit der classischen Juristen streitig, ob dieß nach den gewöhnlichen Regeln der Confusio, oder nach denen der Specification zu beurtheilen sei[2]), und in den Justinianischen Rechtsquellen ist die zuletzt angeführte Meinung ausdrücklich bestätigt worden[3]). Demnach erlangt derjenige das Eigenthum an der zusammengemischten Masse, welcher entweder die Massen zusammengemischt hat[4]), oder in dessen Namen die Vereinigung geschehen ist[5]). Vorausgesetzt indeß, daß die übrigen Erfordernisse der Specification vorhanden sind, daß nämlich die durch die Vermengung entstandene neue Species nicht auf die alte Form zurückgeführt werden kann[6]), ein Erforderniß, welches indeß dann, wenn die Umformung unter Einwilligung des einen von den Eigenthümern der zusammengemischten Sachen geschehen ist, von selbst wegfällt; und daß die Umformung von dem Specificanten in der Absicht vorgenommen worden ist, die durch die Vereinigung der Massen entstehende Species für sich zu behalten[7]). Manche neueren Rechtsgelehrten verlangen außer den genannten Erfordernissen auch noch die bona fides des Specificanten, d. h. die Ueberzeugung desselben bei der Vornahme der Specification, daß die zusammengemischten Sachen in seinem alleinigen Eigenthume stehen. Allein die Stellen der classischen Juristen[8]), auf welche man sich zum Beweise dieses Erfordernisses beruft, sprechen nur von der Zulässigkeit der actio furti und der condictio furtiva in dem Falle, wenn der Specificant im bösen Glauben war, und beide Klagen gründen sich nur auf Obligationsverhältnisse, wie dieß auch in einer Institutionenstelle ausdrücklich anerkannt wird[9]). Auch kann man sich zur Unterstützung der angeführten Meinung nicht auf den Ausspruch des Paulus berufen[10]): quia quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est, da diese Worte einestheils einen nicht unbezweifelten Grundsatz enthalten, anderntheils nur dazu dienen sollen, um den Grund für die Möglichkeit der ad exhibendum actio im vorliegenden Falle anzugeben, so

2) L. 7. §. 7. D. de acquirendo rerum dom. (41. 1.) L. 5. §. 1. D. 6. 1.
3) §. 25. J. de rerum divisione. (2. 1.)
4) L. 5. §. 1. D. 6. 1. §. 25. J. 2. 1.
5) L. 27. §. 1. D. 41. 1. L. 25. D. ibid.
6) L. 24. u. 25. D. 41. 1. L. 12. §. 1. D. ibid.
7) L. 25. D. 41. 1. L. 27. §. 1. D. ibid.
8) L. 13. D. de condict. furtiva. (13. 1.) L. 14. §. 3. D. ibid. L. 52. §. 14. D. de furtis. (47. 2.) L. 4. §. 20. D. de usurpationibus et usucapionibus. (41. 3.)
9) §. 26. J. 2. 1.
10) L. 12. §. 3. D. ad exhibendum. (10. 4.)

daß es gegen die ersten Interpretationsregeln verstoßen würde, wenn man diesen Grundsatz aus dem ursprünglichen Zusammenhange mit dem ganzen Rechtssysteme herausreißen und auf einen Fall, zu dem er nicht paßt, beziehen wollte. Was aber ferner den Fall anbetrifft, wenn verschiedenen Personen angehörige, gleichartige Stoffe vereint werden, so wird die Masse, unter der Voraussetzung, daß sie nicht wieder auf ihre ursprünglichen Bestandtheile zurückgeführt werden kann, auch keine neue Species durch die Umgestaltung der Form daraus entwickelt wird, gemeinschaftliches Eigenthum derer, welchen die einzelnen Stoffe angehörten[11]), und es kann in diesem Falle zum Behufe der Theilung der gemeinschaftlichen Sache unter den Interessenten die actio communi dividundo angestellt werden[12]). Die Bestimmung des eigenen Antheils hängt, falls die Vermischung unter Einwilligung der Interessenten geschehen ist, ganz von ihrer Verabredung ab, und wo eine solche nicht vorhanden ist, bestimmt sich die Größe des Antheils, falls die Stoffe sich gegenseitig durchdringen, sich in einander auflösen und ihre Erkennbarkeit verlieren, nach dem Verhältnisse der zusammengemischten Substanzen[13]). Auf die Person dessen, welcher die Vermischung der Gegenstände herbeigeführt hat, kommt weiter nichts an[14]), und selbst, wenn die Vermischung durch bloßen Zufall, ohne Mitwirkung einer menschlichen Hand herbeigeführt worden, kommen die angeführten Grundsätze zur Anwendung[15]). Läßt sich das Verhältniß der zusammengemischten Massen zu einander nicht ausmitteln, so bestimmt der Richterspruch die Größe des Antheils. Findet aber eine solche Vereinigung und Durchdringung der Substanz, wie z. B. bei der Mischung gleichartigen Getreides, überall nicht statt, so verbleibt, mag die Vermischung einseitig oder zufällig vorgenommen worden sein, Jedem das Seinige ungeschmälert[16]), ohne daß in den Eigenthumsverhältnissen Beider durch diese Vermischung etwas geändert würde. Mithin findet im vorliegenden Falle eine vindicatio partis statt, in welcher die Größe des Theils nach dem Verhältnisse der zusammengemischten Massen und, wenn auch dieses factisch nicht auszumitteln ist, durch den Ausspruch des Richters bestimmt wird. Etwas abweichend ist die Darstellung der bei der Confusio und Commixtio geltenden Grundsätze in den gangbarsten Lehrbüchern des heutigen römischen Rechtes. Bei der Confusio, welche man als die Vermischung mehrerer flüssiger Sachen definirt, entsteht, falls die zusammengemischten Stoffe verschiedenen Personen angehören, nach der gewöhnlichen Meinung ein neues Eigenthum am Ganzen, wovon Jeder nach der Quantität und Qualität seines Beitrags participirt und, wenn dieser nicht auszumitteln ist, zu gleichen Theilen. Vorausgesetzt indeß, daß die Sache nicht auf die alte Gestalt

---

11) L. 7. §. 8. D. 41. 1. L. 5. pr. D. 6. 1. L. 3. §. 2. D. ibid., vergl. mit §. 27 u. 28. J. 2. 1.
12) L. 3. §. 2. D. 6. 1. L. 4. D. ibid. Vergl. L. 5. §. 1. D. ibid.
13) L. 3. §. 2. D. 6. 1.
14) Vergl. die Stellen in Note 11.
15) L. 3. §. 2. D. 6. 1. L. 7. §. 9. D. 41. 1. §. 27 u. 28. J. 2. 1.
16) L. 5. pr. D. 6. 1. §. 28. J. 2. 1. Theoph. paraphr. 2. 2. pr.

zurückgeführt werden kann, daß in der Confusio keine Specification liegt, und daß sie nicht mit dem beiderseitigen Willen der Eigenthümer geschieht, da im zuerst genannten Falle das alte Eigenthum verbleibt, im zweiten die Sache dem Specificanten zufällt, und im letzten der Erwerb nach den Grundsätzen der Communication, als einer Art der Tradition, erfolgt. Bei der Commixtio hingegen, worunter man die Vermischung mehrerer nicht flüssiger Sachen versteht, tritt, wenn die Stoffe verschiedenen Personen angehören, nach der gewöhnlichen Meinung zwar kein eigentliches Miteigenthum ein, allein es wurde gleichwohl praktisch so gehalten, wie bei der Confusio, da, wenn die Aussonderung der einzelnen Theile vom Ganzen möglich ist, jeder Theil das Seinige zurückerhält, versteht sich die nämlichen Sachen, außerdem andere, der Quantität und Qualität nach gleiche Sachen. 2) In der Lehre vom Aufhören der Rechte und dem Erlöschen von Verbindlichkeiten heißt confusio die Vereinigung eines Rechts und der ihm entsprechenden Verbindlichkeit in Einer Person. Sie tritt nicht allein in Folge einer Universalsuccession, sondern auch bei einer Singularsuccession ein. Das Erste ist der Fall, wenn der Gläubiger seinen Schuldner, oder der Schuldner seinen Gläubiger, oder ein Dritter den Schuldner und Gläubiger zusammen beerbt[17]; das Zweite, wenn bei dinglichen Servituten das Eigenthum des dominirenden und des dienenden Grundstückes durch Singularsuccession, wie im Kaufe, an eine und dieselbe Person kommt[18], oder bei persönlichen Dienstbarkeiten das Eigenthum der dienenden Sache auf ähnliche Weise an den kommt, welcher zur Ausübung der Servitut berechtigt ist[19]. Als Unterart der Confusio wird die sogenannte consolidatio behandelt, d. h. die Confusio, welche eintritt, wenn der Usufructuar durch irgend einen Thatumstand das Eigenthum der Sache erlangt, an welcher ihm die Nutznießung zusteht[20]. Der Name erklärt sich einfach aus dem Sprachgebrauche der classischen Juristen, welche jedes, durch Servituten nicht beschränkte Eigenthumsrecht mit dem Namen solida proprietas bezeichnen[21]. Was die Wirkungen der Confusio anbetrifft, so lassen sich dieselben sämmtlich aus der Ansicht der römischen Juristen erklären, daß ein Recht und die demselben entsprechende Verbindlichkeit nur unter verschiedenen Personen gedacht werden können, mithin sich einander gegenseitig aufheben, wenn sie

---

17) L. 95. §. 2. D. de solutionibus. (46. 3.) L. 75. D. ibid. L. 2. §. 18. D. hered. vendita. (18. 4.) L. 71. pr. D. de fideiussoribus et mandatoribus. (46. 1.) L. 21. §. 1. D. de liberatione legata. (34. 3.) L. 116. §. 4. D. de leg. I. (30.) L. 7. C. de pactis. (2. 3.) L. 5. C. de hered. act. (4. 16.)

18) L. 10. D. communia praediorum. (8. 4.) L. 1. D. quemadmodum servitutes amittantur. (8. 6.) L. 30. pr. D. de servitut. praed. urb. (8. 2.)

19) L. 27. D. quibus modis ususfructus. (7. 4.) §. 3. J. de usufructu (2. 4.) ibique Schraderi nota p. 240.

20) §. 3. J. 2. 4. Fr. Vat. §. 83. L. 3. §. 2. D. de usufr. accresc. (7. 2.) L. 6. pr. D. ibid.

21) L. 35. D. de bonis libertorum. (38. 2.) L. 9. §. 2. D. de aqua pluvia. (39. 3.)

in einer und derſelben Perſon zuſammentreffen[22]). Das Detail dieſer Wirkungen wird ſich wohl am beſten nach den einzelnen Lehren, auf welche die Confuſio einwirkt, zuſammenſtellen laſſen. Im Sachenrechte wirkt die Confuſio ſtets die Aufhebung des Rechtes durch das in ihr liegende Zuſammentreffen des Rechtes und der ihm entſprechenden Verbindlichkeit in Einer Vermögenseinheit[23]), und zwar ipso iure, daß es durchaus einer neuen Conſtitution des Rechtes für die Zukunft bedarf[24]), und gerade zur Bezeichnung dieſer Wirkung brauchen die römiſchen Rechtsquellen Ausdrücke, wie confusio servitutis fit, servitus confunditur u. ſ. w. Im Obligationenrechte wirkt die Confuſio die völlige Aufhebung der zu Recht beſtehenden Verbindlichkeit, und wird in dieſer Beziehung mit der Solutio[25]) und Acceptilatio[26]) verglichen. Dieſe Aufhebung wird in den römiſchen Rechtsquellen als Liberation[27]) bezeichnet, und tritt ipso iure und nicht auf dem Wege der Exception ein. Auch erſtreckt ſich dieſe Wirkung nicht allein auf die Hauptſache, ſondern auch auf die mit derſelben verbundenen Nebenrechte, welche ohne ſie nicht gedacht werden können. Deshalb werden die Bürgen[28]), und in der Regel auch die Pfandſchuldner von ihrer Verbindlichkeit frei; die letzteren freilich dann nicht, wenn die vorliegende Verbindlichkeit gegen den Willen des Pfandgläubigers aufgehoben wird[29]). Denn dann dauert das Pfandrecht fort, und zur Unterſtützung dieſer Annahme wird behauptet, daß die Verbindlichkeit nicht ganz und gar aufgehoben werde, ſondern von derſelben wenigſtens eine naturalis obligatio zurückbleibe. Dabei verſteht es ſich von ſelbſt, daß die Confuſio nur nach dem Verhältniſſe des Erbtheils eintritt, welchen der Gläubiger, oder der Schuldner, oder der Dritte, in deſſen Perſon ſie ſtattfindet, definitiv erhält[30]), und daß mithin in Betreff der anderen Erben, in deren Perſon dieß nicht der Fall iſt, die alte Obligation nach dem Verhältniſſe ihres Erbantheiles auch fernerhin fortbeſteht. Die Wirkungen der Confuſio ſind in der Regel andauernd, und nur ausnahmsweiſe müſſen die durch die Confuſio erloſchenen Rechte wiederhergeſtellt werden. Dieß tritt nach den Zeugniſſen der römiſchen Rechtsquellen in folgenden Fällen ein: 1) wenn

---

22) L. 34. §. 8. D. de solut. et liberat. (46. 3.) L. 10. D. communia praediorum. (8. 4.) L. 116. §. 1. D. de leg. I. (30.)

23) Vergl. die Stellen in Note 17—20.

24) L. 30. pr. D. de servitut. praed. urb. (8. 2.) L. 27. D. quibus modis ususfructus. (7. 4.) L. 1. D. quemadmodum servitutes amittantur. (8. 6.)

25) L. 21. §. 1. D. de liberatione legata. (34. 3.)

26) L. 75. D. de solutionibus. (46. 3.)

27) L. 34. §. 8. D. 46. 3. L. 71. D. de fideiuss. (46. 1.) Auch in dem Falle, wenn die Nebenobligation mit der Hauptobligation in Einer Perſon zuſammentrifft, iſt von einer liberatio die Rede. L. 95. §. 3. D. 46. 3. L. 5. D. de fideiuss. (46. 1.) L. 5. pr. u. §. 1. D. ibid.

28) L. 38. §. 1. D. 46. 1. L. 34. §. 8. L. 71. D. ibid. L. 34. §. 8. D. 46. 3. L. 38. §. 5. D. 46. 3.

29) L. 38. §. 5. D. 46. 3. L. 59. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.)

30) L. 24. D. 46. 1.

der Erbe eine Erbschaft verkauft, durch deren Antritt er Forderungen und Rechte gegen seinen Erblasser verloren hat, so ist der Käufer dieser Erbschaft verpflichtet, den Verkäufer wegen des Verlustes der durch Confusio vernichteten Rechte schadlos zu halten, und die erloschenen Servituten wieder herzustellen[31]). 2) Wenn der directe Erbe die Erbschaft Jemandem restituirt, so kann er den Fideicommissar zur Wiederherstellung der durch den Erbschaftsantritt erloschenen Rechte zwingen[32]). 3) Wenn die erworbene Erbschaft dem Erben durch die Anstellung der querela inofficiosi testamenti evincirt und der letztere auf diesem Wege zur Herausgabe der Erbschaftsmasse gezwungen wird, müssen die Kläger ihm die durch die Confusio erloschenen Forderungsrechte wiederherstellen oder vergüten[33]). 4) Wenn Jemand gegen den Antritt einer Erbschaft restituirt wird, müssen ihm auch die durch den Erbschaftsantritt erloschenen Rechte wiederhergestellt werden. Es folgt dieß schon aus der Natur der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, nicht sowohl aus L. 87. §. 1. D. de acquirenda vel omittenda haereditate (29. 2.), einer Stelle, welche nur so viel besagt, daß 5) den Pupillen, welche das beneficium abstinendi brauchen, die durch die Erbschaftserwerbung confundirten Obligationenrechte wiederhergestellt werden müssen. 6) Wenn der Erbe beim Antritt der Erbschaft von der Rechtswohlthat des Inventarisirens Gebrauch macht, so wird dieß in Bezug auf seine eigene Person so angesehen, als ob seine Forderungen an den Erblasser nicht durch den Antritt der Erbschaft erloschen wären[34]). 7) Wenn Jemand, welchem sein Erbtheil der eigenen Unwürdigkeit halber entzogen wird, sich mit ignorantia facti entschuldigen kann, so darf er verlangen, daß die durch den Erbschaftsantritt erloschenen Forderungen wiederhergestellt werden[35]), während ihm da, wo ihm eine derartige Entschuldigung nicht zur Seite steht, eine solche Wiederherstellung überhaupt nicht gewährt wird[36]). In diesen Ausnahmsfällen wird die Restitution der durch die Confusio erloschenen Obligation nicht allein in Betreff der Hauptsache, sondern auch in Bezug auf die, mit derselben verbundenen Nebenrechte, z. B. Bürgschaften, verwirklicht werden müssen, da dieß einestheils schon in dem Begriffe der Restitution zu liegen scheint[37]), anderntheils durch die Analogie der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hinreichend bestätigt wird. — Eine Confusio nehmen die römischen Rechtsquellen auch in dem Falle an, wenn der Hauptschuldner seinen Intercedenten, oder

---

31) L. 2. §. 18 u. 19. D. de hereditate vel actione vendita. (18. 4.)
32) L. 27. §. 11. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.)
33) L. 21. §. 2. D. de inofficioso testamento. (5. 2.) L. 22. C. de inofficioso test. (3. 28.)
34) L. 21. §. 9. C. de iure deliberandi (6. 30.), vergl. mit L. 21. §. 4. C. ibid.
35) L. 17. D. de his, quae ut indignis. (34. 9.) Vergl. L. 21. §. 1. D. de SC. Silaniano. (29. 5.)
36) L. 17. D. 34. 9. L. 8. L. 18. §. 1. D. ibid. L. 29. §. 2. D. D. de iure fisci. (49. 14.)
37) Arg. L. 14. D. ad SC. Velleianum. (16. 1.)

dieser jenen oder ein Dritter beide zusammen beerbt und die Hauptverbindlichkeit mehr enthält, als die des Intercedenten[38]). In diesem Falle bleibt die Hauptverbindlichkeit ganz allein fortbestehen, und die, welche aus der Bürgschaft entsteht, hört auf[39]). Dieß Aufhören ist aber mit voller Wirkung zu verstehen, da die in den römischen Rechtsquellen zur Bezeichnung dieser Wirkung gebrauchten Ausdrücke gerade dieselben sind, welche von den anderen Fällen der Confusio gebraucht werden[40]). Aus dem Gesagten ergibt sich zugleich so viel als gewiß, daß eine Confusio in folgenden Fällen nicht eintreten kann, wenn die Hauptobligation nur eine natürliche Verbindlichkeit ist[41]), oder die beiden fraglichen Verbindlichkeiten völlig unabhängig von einander sind[42]), oder doch so sich zu einander verhalten, daß jede derselben als eine Hauptobligation angesehen werden muß, wie dieß bei **duo rei promittendi**[43]) der Fall ist. Im zuletzt genannten Falle bleiben die beiden verschiedenen Obligationen so neben einander stehen, daß der Kläger die Wahl hat, ob er den Schuldner als eigenen Schuldner, oder der Erbschaft halber in Anspruch nehmen wolle; doch versteht es sich dabei von selbst, daß durch die Anstellung der Klage aus dem einen Grunde die aus dem anderen erlischt. Heimbach.

**Congrua**[1]) (congrua portio, pars). Congruum ist das mit einem kirchlichen Amte verbundene erforderliche Einkommen.

Jeder Arbeiter ist seines Lohnes werth; daher erhält auch jeder Beamtete und insbesondere der Geistliche einen seiner Stelle und seinen Leistungen entsprechenden Gehalt: datur beneficium propter officium[2]). Das Amt (officium) ist die Voraussetzung für die Revenüen (beneficium), und die Verleihung jenes ohne diese würde im Allgemeinen für unzulässig erachtet werden müssen.

Die alten Kirchengesetze bestimmen schon, es solle Niemand ordinirt

---

38) L. 14. D. de fideiussoribus. (46. 1.) L. 21. §. 2. D. ibid. L. 5. D. ibid. L. 93. §. 2. D. de solutionibus. (46. 3.) L. 95. §. 3. D. ibid. L. 13. D. de duobus reis const. (45. 2.) L. 24. C. de fideiussoribus. (8. 41.)

39) L. 95. §. 3. D. 46. 3. L. 13. D. 45. 2. L. 5. D. 46. 1. L. 21. §. 2. D. 46. 1. L. 24. C. 8. 41.

40) Obligatio tollitur (L. 21. §. 2. D. 46. 1.); fideiussor liberatur (L. 95. §. 3. D. 46. 3.); altera obligatio ab altera perimitur (L. 13. D. 45. 2.) etc.

41) L. 95. §. 3. D. 46. 3. L. 21. §. 2. D. 46. 1. Vergl. L. 5. D. ibidem.

42) L. 10. D. de actionibus empti. (19. 1.) L. 18. D. de obligationibus et actionibus. (44. 7.)

43) L. 93. §. 1 u. 2. D. 46. 1. L. 5. D. ibid. L. 13. D. 45. 2.

1) Man vergl. Rebuff, tractatus de portione congrua. Van Espen, ius ecclesiasticum universum P. II. tit. XXXIV. de portione congrua parochorum. S. auch Thomassin, vetus ac nova ecclesiae disciplina P. III. lib. II. cap. XXIV.

2) C. 9. X. de praebendis (3. 5.) (Alexander III. a. 1170), c. 19. eod. (Innoc. III. a. 1211), c. 15. (ult.) X. de rescriptis in VI. (1. 3) (Bonifac. VIII. a. 1302).

werden, der nicht zugleich einen Wirkungskreis für eine bestimmte Gemeinde übernimmt und dessen Unterhalt damit gesichert ist (ordinatio sine titulo facta irrita est)[3]). Dieser Unterhalt ward aus den Einkünften der Kirche überhaupt bestritten und vom Bischofe, als dem Verwalter des Kirchengutes, gewährt. Der Bischof mußte sich daher auch vor der Ordination davon überzeugen, ob die Einkünfte zur Sustentation des zu bestellenden Klerikers hinreichten. Hatte er dieß versäumt und waren die Kirchengüter nicht ausreichend, so mußte er aus seinen eigenen Mitteln den von ihm Ordinirten unterhalten[4]). Später wurden die kirchlichen Einnahmen genauer getheilt und bleibend mit einzelnen Stellen verbunden (beneficium). Dabei mußte dafür gesorgt werden, daß jedes Beneficium genügend groß war (congruum), und bei der Begründung kirchlicher Aemter und Gotteshäuser war die hinreichende Dotation deshalb Vorbedingung[5]). Sowie früher die geistliche Weihe den titulus ordinationis oder ecclesiae voraussetzte, ward diese nun auch auf den titulus beneficii ertheilt. Da aber nicht überall die Eintheilung des Kirchengutes in Beneficien üblich ward, und es am Titel nicht fehlte, wenn Jemand nur überhaupt wegen seiner Subsistenz bei der Kirche außer Sorgen stand, so war die Ordination gerechtfertigt, wenn es dem Anzustellenden nur nicht am nöthigen Auskommen (congrua sustentatio) fehlte[6]) So entstand der titulus congruae (sustentationis), als titulus patrimonii und pensionis, und es fiel die Verpflichtung des Bischofs, die Geistlichen zu unterhalten, fort, wenn er darauf hin ordinirt hatte, und bestand nur fort, wenn er schlechthin ohne jeden Titel ordinirte[7]).

Hiernach entwickelten sich besondere Grundsätze über die congrua, besonders auch für den Fall, wenn ein einzelner Geistlicher sich zur Erleichterung Gehilfen annahm[8]). Die Quellen brauchen dafür verschiedene Ausdrücke: congrua portio[9]), congrua sustentatio[10]), portio sufli-

---

3) Can. 6. Conc. Chalcedon. a. 451 (c. 1. dist. LXX). Vergl. Capit. Aquisgranense ann. 789, cap. 24. (al. 25.) (Baluzius, Capitular. I. 223. Pertz, monumenta Germ. III. 58) u. a. m. C. 2. dist. LXX. (Urban. II. a. 1095). Zwar bezieht sich das Gesetz, sowie der Ausdruck titulus zunächst und ursprünglich nicht auf den Unterhalt der Ordinanden selbst; indessen liegt auch die Rücksicht darauf nicht fern und wird später die entscheidende (m. s. van Espen, ius eccl. P. II. tit. XVIII. §. 12).

4) Novella III. cap. 2. §. 1. a. 535. Nov. V. (daraus c. 2. X. de praebendis (3. 5.)). C. 37. de praebendis in VI. (3. 4.) (Bonifac. VIII.) Diese Pflicht ging auch auf den Nachfolger des Bischofs über. C. 13. X. de aetate (1. 14.) (Innocent. III. a. 1214). C. 16. X. de praebendis (3. 5.) (idem a. 1216).

5) Novella LXVII. cap. 1. a. 538, CXXXVIII. cap. 7. a. 541. Daraus c. 9. dist. I. de consecr. Capitulor. lib. V. 228. lib. VII. cap. 73. u. a. m.

6) C. 2. X. de praebendis. (3. 5.)

7) Die nähere Ausführung gehört in den Artikel Ordination.

8) S. van Espen, Anm 1 cit.

9) C. 4. de regularibus in VI. (3. 14.)

10) C. 1. de praebendis in VI. (3. 4.) Vergl. c. 2. §. 2. de decimis in VI. (3. 13.)

ciens[11]), sustentatio competens[12]) u. a., woraus ſpäter der Gebrauch von congrua, competens (competentia pastoralis) ohne weiteren Zuſatz hervorging.

Die Forderung der Kirche, daß bei der Fundation einer Stelle zunächſt auf eine hinreichende Dotation geachtet werden müſſe, ward als allgemeiner Grundſatz ſtets anerkannt und in beſonderen Fällen zur Anwendung gebracht[13]). Namentlich ſetzte im Jahre 1311 das Concil zu Vienne feſt[14]): Dioecesanis sub obtestatione divini iudicii districte inhibetur, ne praesentatum aliquem per quamcumque personam ecclesiasticam ius praesentandi ad ecclesiam aliquam habentem admittat, nisi intra certum terminum competentem per Dioecesanos ipsos praesentantibus praefigendum, ipsi praesentato fuerit coram eis congrua de proventibus ecclesiae portio assignata. Quam si forsan iidem praesentantes intra terminum ipsum assignare neglexerint, ne factum eorum noceat praesentato, statuitur, ut ex tunc dioecesani debeant praesentatum (nisi aliud canonicum obstet) admittere et in poenam praesentantium, ad dioecesanos ipsos potestas assignationis huiusmodi devolvatur. In ähnlicher Weiſe haben auch die ſpäteren Synoden[15]), zumal nach dem Concil von Trient[16]), und dann die weltliche Geſetzgebung der einzelnen teutſchen Territorien dieſem Gegenſtande eine vorzügliche Sorgfalt gewidmet.

Der Geiſtliche ſoll ein genügendes und feſtes Einkommen beſitzen. Die Größe der Revenüen richtet ſich natürlich nach dem Bedürfniſſe und den localen und temporären Verhältniſſen; jedenfalls muß aber immer dafür geſorgt ſein, daß der Geiſtliche nicht durch Bemühungen um den Erwerb dem Amte entzogen werde, und daß das Einkommen hinreicht, um auch die ihm obliegenden Leiſtungen gewähren zu können (ut exinde competentem sustentationem habere et episcopalia iura solvere valeant aliaque debita onera supportare)[17]). Bereits nach älteren Feſtſetzungen, welche auch das tridentiniſche Concil anerkannt hat[18]), ſoll dem Biſchofe darüber die Entſcheidung zuſtehen, und dieſer kann den Umſtänden gemäß die nöthig gewordenen Abänderungen treffen.

---

11) C. 30. X. de praebendis. (3. 5.)

12) C. 2. §. 2. de decimis in VI. (3. 13.)

13) Man ſ. insbeſondere c. 3. X. de ecclesiis aedificandis (3. 48.) (Alexander III. a. 1170), c. 30. X. de praebendis (3. 5.) (Concil. Lateran. a. 1216), c. 8. X. de consecratione ecclesiae (3. 40.) (Honorius III. a. 1222) u. a. m.

14) Clem. I. de iure patronatus (3. 12.).

15) Concil. Coloniense a. 1536, P. VIII. (Hartzheim, Conc. Germ. T. VI. p. 290).

16) Sess. VII. cap. 7 de reform. Sess. XXI. cap. 4 de reform. Sess. XXIV. cap. 13 de reform. Vgl. Synod. Mechlinensis a. 1570, tit. de decimis christianitatum cap. 1. (Hartzheim, Conc. Germ. T. VII. p. 621).

17) C. 12. X. de praebendis (3. 5.) (Alexander III. a. 1170). C. 1. de praebendis in VI. C. 2. §. 1. de decimis in VI. Concil. Trid. l. c.

18) Sess. VII. cap. 7 de reform. u. a. Auch bei Eximirten iſt der Biſchof dabei thätig. S. c. 1 de praebendis in VI. u. a. m.

Indessen ward schon frühzeitig eine Mitwirkung der weltlichen Behörde dabei üblich[19]), und diese ist auch jetzt hergebracht oder selbst allein als zulässig anerkannt[20]. Entsteht unter den Betheiligten ein Prozeß wegen der zu treffenden Maßregeln, so ist im Allgemeinen ein summarisches Verfahren wohl gerechtfertigt, da die Grundsätze über Alimentationen als die leitenden erscheinen[21]).

Das Einkommen muß aber auch ein sicheres, festes sein. Daher fordern die Gesetze res certae. Das Object selbst kann jedoch sehr verschieden sein, und zwar positiv und direct oder blos indirect einen bestimmten Vortheil zuweisen[22]).

Vor Allem gehört hierher eine fixirte Besoldung in Geld, Früchten u. s. w., aus öffentlichen Cassen oder von der Gemeinde entrichtet, die Benutzung von Aeckern, Gärten, Wäldern, Wiesen, Fischereien u. s. w. in natura oder das Pachtgeld dafür[23]), Zehnten und Zinsen verschiedener Art, eine Amtswohnung oder der Erlös aus deren Vermiethung, insofern solche nicht gehindert ist[24]). Da, wo Naturaldeputate zu liefern sind, müssen dieselben, falls sie nicht in natura geleistet werden können, nach den entsprechenden Marktpreisen vergütet werden[25]). Ferner kommen in Betracht zufällige Geldeinnahmen und Lei-

---

19) Van Espen l. c. P. II. tit. XXXIV. cap. VIII. §. 10 sq.

20) So in Oesterreich nach einer Verordnung vom 22. Mai 1798 (vergl. überhaupt Helfert, von dem Kirchenvermögen, Th. II), in Preußen, gemäß Arg. des allgem. Landrechtes, Th. II, Tit. XI, §. 707 flg. (s. Bielitz, preuß. Kirchenrecht, §. 56), im Großherzogthum Hessen nach Verordnung vom 4. Juli 1812, u. a.

21) Vgl. van Espen l. c. cap. V.

22) Es kann hier nicht darauf ankommen, alle einzelnen Gegenstände in nähere Betrachtung zu ziehen, da die Grundsätze über dieselben in eigenen Artikeln eine Stelle finden müssen. Für unseren Zweck genügt eine allgemeinere Classificirung der Objecte, mit Hervorhebung des kirchenrechtlich Prägnanten. Ausführlicher behandeln diesen Gegenstand: J. H. Böhmer, ius eccl. Prot. lib. III. tit. V. §. 151 sq., und ius parochiale sect. V. cap. II. §. 18 sq. Eichhorn, Kirchenrecht, II. S. 743 flg. u. A. Von Particularrechten s. m. besonders den Anmerkung 20 cit. Helfert. — Bielitz, Cap. VIII, S. 101 flg. Schmidt, der Wirkungskreis und die Wirkungsart des Superintendenten (Quedlinburg und Leipzig 1837, 8.), §. 51, S. 91 flg., §. 94 flg., S. 177 flg. u. a. m.

23) Mit einzelnen Beneficien sind oft Leistungen, Zinsen und Dienste von Gütern, Diöcesen u. s. w. verbunden; daher Pfarrbauern, Dotalbauern, Widemuthsbauern, Stiftsbauern, Gotteshausleute u. s. w. Vergl. Joh. Gottl. Heineccius, in den vermischten Anmerkungen und rechtlichen Gutachten (Berlin 1742, 8.), S. 74 flg. Joh. Aug. Apel, diss. de origine rusticorum dotalium eorumque inprimis in Saxonia conditione. Lips. 1795. Ueber das preuß. Recht s. m. Bielitz a. a. O. §. 59. Die Benutzung der Pfarrländereien ist übrigens mitunter nur auf so viel Pfarrfeld beschränkt, als zum eigenen Bedarf erforderlich ist (s. z. B. das herzoglich nassauische Edict vom 8. April 1818. Otto, nassauisches Kirchenrecht, S. 227).

24) Oft ist dabei der Consens der vorgesetzten Behörde erforderlich. M. s. z. B. Verordn. der Regierung zu Arnsberg v. 30. Jan. 1824 (in v. Kamptz Annalen 1824, H. I, S. 151).

25) Man vergl. deshalb für Preußen die Cabinetsordre vom 3. Dec. 1803, 13. April 1819, und mehrere Gesetze (s. Jacobson, Geschichte der Quellen

stungen (Accidentien), welche theils nach bestimmter Taxe, theils nach freiem Ermessen des Gebers entrichtet werden, und welche nach einer gewissen Durchschnittsrechnung als festes Einkommen zu veranschlagen sind[26]).

Außerdem genießen die Geistlichen indirect manche Vortheile, indem ihnen die Freiheit von verschiedenen Abgaben bewilligt ist, welche von den übrigen Staatsunterthanen getragen werden müssen[27]). Diese Leistungen gestalten sich nach der Observanz und dem Particularrecht verschieden. Was insbesondere Steuern betrifft, so ward die Kirche und der Clerus gemeinhin nur so weit davon befreit, als nicht die Municipalverfassung darunter litt[28]). Doch half auch hier meistens der Staat durch besondere Concessionen, wenigstens soweit, daß die congrua nicht geschmälert ward. Dieß ist der Fall in Bayern[29]), Oesterreich[30]), Württemberg[31]) und in anderen Ländern, in welchen eine allgemeine Steuerpflicht sonst für die Geistlichen besteht. In Preußen[32]) dagegen, Kurhessen[33]) u. a. ist die Immunität eine umfassendere.

---

des preuß. Kirchenrechtes, Th. I, Bd. II, Anh., Nr. LXV, LXXXIII). Eine Verjährung des Anspruchs auf die Naturallieferung selbst ist aber unzulässig (s. Ministerialrescript vom 16. Juni 1815; Jacobson a. a. O. Nr. LXXVI). Im Großherzogthum Hessen ist eine temporäre Verwandlung der Naturalienbesoldung für die Dauer des Besoldungsgenusses der gegenwärtig Besoldeten durch Verordnung vom 31. Januar 1822 gestattet worden (Regierungsblatt 1822, Nr. 6, S. 35).

26) Das Speciellere hierüber gehört in den Artikel Stolgebühren. — Daß übrigens statt der Accidenzien den Geistlichen wo möglich andere Einkünfte zugewiesen werden sollten, und daß jene überhaupt in geringerem Maße angesetzt würden, um das Gehässige der Zahlung für die Sacramentspende u. s. w. zu beseitigen, bestimmte schon das Concil. Coloniense a. 1536, P. VIII. cap. 2. (Hartzheim, Concilia Germ. tom. VII. p. 290). Vergl. Concil. Colon. a. 1549, de medio tertio cap. X. (eod. p. 545.)

27) Im Allgemeinen fallen diese Vortheile unter den Begriff der Immunität.

28) Daher die wiederholten Erklärungen der Päpste dagegen. M. s. z. B. c. 4. 7. X. de immunitate eccles. (3. 49.) (Concil. Lateran. a. 1179, 1215), c. 1. eod. in VI. (3. 23.) (Alexander IV. a. 1260), c. 4 de censibus in VI. (3. 20.), c. 4 de immunit. in VI. (Bonifacius VIII. a. 1298). Vergl. Clem. un. eod. (3. 17.) (Concil. Vienn. a. 1311).

29) Vergl. bayer. Regierungsblatt 1808, S. 396, 1811, S. 66; Gesetzblatt 1828, S. 122, 172, wegen der kathol. Geistlichen, und Reg.-Bl. 1812, S. 994, wegen der evangelischen.

30) Verordnung vom 24. Juni 1764. Erbsteuerpatent vom 15. Oct. 1810, §. 57 u. a.

31) Decret der Obersinanzkammer vom 13. Nov. 1809. Decret des kath. geistl. Rathes vom 12. April 1814, Nr. 2. Siehe Knapp, Handbuch für die kath. Geistlichkeit in Württemberg (Tübingen 1815, 8.), Abth. 2, S. 458 flg.

32) Hier bestand schon nach der älteren Verfassung Freiheit von der Contribution (Grundsteuer). Rescript vom 19. März 1721, angewendet auf die im J. 1772 erworbenen Landestheile (s. Leman, westpreuß. Provinzialrecht, I. §. 1076, S. 278), vom Horn- und Klauenschosse, dem Kopfgelde, den Schutz- und Nahrungsgeldern (s. Circ. der westpreuß. Regierung vom 21. Nov. 1776 bei Jacobson, Geschichte der Quellen des preuß. Kirchenrechtes, Th. I, Bd. II, Anh., Nr. CXXIV), von der Accise (s. schlesisches Accisereglement v. 23. März

Die Größe der congrua selbst gestaltet sich in den einzelnen Territorien verschieden, denn bald hängt Alles blos vom Verhältnisse der einzelnen Kirche und Gemeinde ab, bald erfolgt die Ausstattung nach bestimmter Classificirung, mit Rücksicht auf die Zeit der Amtsverwaltung, die besondere Tüchtigkeit des Geistlichen und nach anderen Umständen[34]). Hiernach beträgt z. B. die congrua in Baden überhaupt 800 Flor.[35]), in Bayern für Pfarrer in größeren Städten 900, auf dem platten Lande 600, für Beneficiaten 400 Gulden[36]), in Oesterreich für den Pfarrer 400 bis 600, für den Localcaplan 300 — 350, für den Cooperator 150—200 Gulden[37]) u. s. w. In Hannover sind dagegen drei Hauptclassen für die Besoldung angenommen, nämlich 1) von 300—600, 2) von 600—900 und 3) von 900—1200 Thalern und in jeder dieser Classen drei Unterabtheilungen, welche von 100 zu 100 Thalern steigen[38]). Aehnlich bestehen in Nassau fünf Classen: 1) von 600—750, 2) von 750—1000, 3) von 1000—1200, 4) von 1200—1500, 5) von 1500—1800 Gulden[39]).

Wegen der congrua der Stellen der Capitularen an den Dom- und Collegiatstiftern, sowie für die Bischöfe und Erzbischöfe sind in den neueren Concordaten und Circumscriptionsbullen genauere Festsetzungen ergangen. So erhalten z. B. der Probst und Dechant in Cöln und Breslau 2000, in Münster und Posen 1800, in Trier 1400, in

---

1756. — Rescript vom 12. 1828 (Jacobson a. a. O. Nr. XCIII), von Lieferungsbeiträgen in Getreide-, Heu- und Strohnaturalien von den selbst bewirthschafteten Dienstgrundstücken (Verordn. der Regierung zu Frankfurt v. 30. März 1813, im Amtsblatte S. 231), von allen Communallasten, insbesondere der durch den Krieg herbeigeführten (Cab.-Ordre v. 30. Jan. 1817, in v. Kamptz Annalen 1817, H. I, S. 138; Ministerialrescript v. 27. Februar 1817), von der Classensteuer (Gesetz v. 30. Mai 1820 in der Gesetzsamml.), von den Beiträgen für Correctionshäuser und Hebammeninstitute (Verordn. der Regierung zu Danzig v. 24. Januar 1819, im Amtsblatte S. 62) u. a. m. — Ueber die Gehaltsverhältnisse in den preuß. Rheinlanden s. m. Hermens, Handbuch der Staatsgesetzgebung über den christl. Cultus (Aachen und Leipzig 1833, 8.), die im Register S. 928 nachgewiesenen Stellen.

33) S. Ledderhose, kurhess. Kirchenrecht, herausgeg. v. Pfeiffer, §. 533, S. 502, u. A.

34) M. vergl. deshalb die Auszüge aus den neueren teutschen Gesetzen bei Andr. Müller, Lexikon des Kirchenrechtes (2. Ausg.), Bd. I, S. 685 flg.

35) Regierungsblatt von 1816, S. 81, 330, 561. Vgl. Andr. Müller a. a. O. Bd. I, S. 26. Im Jahre 1838 ist aber eine besondere Classificirung der Dotationen (ähnlich, wie in Hannover, s. Anm. 38) vorgeschlagen und bereits vom Staatsministerium genehmigt worden (s. allgem. Kirchenzeitung 1839, Nr. 69).

36) Verordn. vom 29. Juni 1810 (Reg.-Blatt S. 586). Landtagsabschied v. 29. Dec. 1831, §. 46, 138 (Gesetzblatt 1832, Nr. 8, S. 98 flg.). Vergl. Müller a. a. O. Bd. I, S. 688.

37) S. Rechberger, anchirid. iuris eccl. Austr. T. II. §. 249—251. Müller a. a. O. S. 685, 686.

38) M. vergl. Brandis und Rupstein, vierteljährige Nachrichten von Kirchen und Schulsachen, 1838, H. 4.

39) Otto, nassauisches Kirchenrecht, S. 227. Müller a. a. O. S. 693, 694.

Culm 1200 Thaler, und die einzelnen Domherren in bestimmter Abstufung 1200 (in Breslau 1100, Trier und Culm 1000), 1000 (Trier und Culm 900) und 800 Thaler, die Ehrencanonici 100, die Vicare 200 Thlr. u. s. w.

In der neuesten Zeit sind auch Vorschläge gemacht worden, um eine bessere Dotation der Pfarreien zu erwirken und größere Uebereinstimmung herbeizuführen, die Einkünfte aller Stellen eines Landes zu einem gemeinsamen geistlichen Fonds zu vereinigen und daraus mit Rücksicht auf das besondere Bedürfniß die Besoldung zu entnehmen[40]). Mit Grund ist aber die Schwierigkeit, ja zum Theil selbst die rechtliche Unmöglichkeit einer solchen Maßregel dagegen nachgewiesen worden[41]).

Die Stellung der Geistlichen blieb bis zum sechszehnten Jahrhunderte im Ganzen eine gleich günstige, da dieselbe meist durch ältere Fundationen gesichert war und die sinkende Achtung des Clerus beim Volke nicht besonderen Nachtheil hinsichtlich seiner Einnahmen herbeiführen konnte. Durch die Reformation aber und die in Folge derselben bewirkte Säcularisation vieler Kirchen- und Stiftsgüter ward die äußere Lage der evangelischen Geistlichen meistens eine unvortheilhafte, denn die Gutsherrschaften und Gemeinden, auf welche die Pflicht zur Erhaltung ihrer Seelsorger überging, waren häufig nicht geneigt, die bisherigen Leistungen zu gewähren oder sonst die erforderlichen Mittel herzugeben, und so blieben manche Orte lieber ganz ohne Prediger, oder nöthigten die Anzustellenden zu ungünstigen zeitigen Miethcontracten[42]), oder stellten durchaus untüchtige Personen an, welche mit geringer Sustentation zufrieden waren. So klagten unter anderen die Superintendenten auf einer Synode zu Greifswalde im Februar des Jahres 1556: Die Patrone reißen die Pfarrgüter und Aecker zu sich, lassen verfallen Amt, Kirchen und Häuser, fahren zu und stecken oft untüchtige Personen in die Pfarren, ohne Vorwissen der Superintendenten, oftmalen denselben zuwider, auf daß sie die Güter einbehalten mögen, denn die elenden Märtyrer müssen wohl zufrieden sein, halten sie darnach geringer denn Sauhirten, treiben sie in die Jagd, müssen ihre Schreiber und Boten sein, wie an vielen Orten vorgegangen[43]). Darum klagte auch Luther: Die Pfarrer müs-

---

40) So in Württemberg (m. vergl. Rheinwald, Repertorium der theolog. Literatur, Bd. I, S. 220), im Großherzogthum Hessen (allgem. Kirchenzeit. 1834, Nr. 157, S. 1247, 1248), in Baden (allgem. Kirchenzeit. 1839, Nr. 69).

41) M. vergl. Schwabe, über die Unzulässigkeit einer Centralisirung des Kirchengutes, in Weiß, Archiv des Kirchenrechtes, Bd. V, Nr. 4, S. 76 flg. Kühlenthal, in der allgem. Kirchenzeit. 1839, Nr. 69. — Die Unthunlichkeit solcher Vorschläge hatte sich übrigens in Preußen bereits im Jahre 1721 ergeben (m. s. Jacobson, Geschichte der Quellen des preuß. Kirchenrechtes, I. II. S. 89).

42) Noch im Jahre 1580 hatte man in Braunschweig einen solchen Contract schließen wollen; doch erklärte das dortige Ministerium, daß ein Prediger nicht nöthig habe, sich nur auf gewisse Jahre bestellen zu lassen (s. das Bedenken des Ministeriums in Rehtmeyer, braunschweigische Kirchengeschichte, Th. III, S. 345 flg.).

43) Codex Msptus zu Gotha, Fol. 270. S. 131.

sen entlaufen, denn sie haben nichts, gehen herum und sehen aus wie die dürren Geister.

Es konnten diese Mißverhältnisse nur durch kräftige Mitwirkung der Fürsten beseitigt werden, und so erfolgten in den einzelnen evangelischen Ländern Visitationen, eine neue Begrenzung der Diöcesen (Superintendenturen) und Pfarrsprengel und dabei Anordnungen wegen der Dotation der Kirchen und Pfarreien[44]). Nach und nach ward auch den Bedürfnissen mehr entsprochen und insbesondere in der neuesten Zeit den Geistlichen eine günstigere Stellung gewährt[45]). Mit Recht hat man möglichst dafür gesorgt, daß die Einnahmen in fixirten Geldsummen bestehen und aus öffentlichen Cassen entrichtet werden, so daß die Accidentien und Sporteln seltener geworden sind. So ist im Königreiche Sachsen unterm 4. Juli 1837 von den Ständen die Summe von 11,265 Thalern bewilligt, damit die Superintendenten fixirt würden[46]), und durch die Ministerial-Verordnung vom 10. Januar 1839, die Regulirung der Amtseinkünfte der Superintendenten betreffend[47]), ist es nun dahin gekommen, daß nur in wenigen Fällen überhaupt noch Sporteln gezahlt werden.

Ueber die Natur des Rechtes des Geistlichen am Beneficium, also an der congrua, ist nach den Grundsätzen des canonischen Rechtes zu behaupten, daß es nicht ein einfacher Nießbrauch sei, sondern ein umfassenderes ius in re enthalte[48]), analog dem lehnrechtlichen dominium utile, jedoch wegen der mangelnden Erblichkeit mehr nur feudastrum. Die Einwirkung im Einzelnen gestaltet sich aber mit Rücksicht auf das Object und nach particularem Rechte verschieden[49]). Der Anspruch auf

---

44) M. vergl. z. B. von Sachsen: Weber, sächsisches Kirchenrecht, B. I, Th. I, §. 21 flg.; von Hessen: v. Rommel, Geschichte Philipps des Großmüthigen, I. 151 flg., II. 114 flg. u. a.; von Preußen: Jacobson a. a. O. Th. I, B. II, Cap. I. Vergl. Arnold, preuß. Kirchenrecht, Buch III, Cap. I u. II.

45) M. vergl. die Verhandlungen der Stände und die in Folge derselben emanirten neueren Gesetze. Insbesondere soll auch, damit den Geistlichen ihr volles Einkommen zu Theil werde, bei der Anstellung stets eine sorgfältige Prüfung der Vocationen erfolgen (preußische Ministerialverordnung vom 20. April 1836. Verordn. der Regierung zu Königsberg vom 7. December 1836. Jacobson a. a. O. I. II. Anh. Nr. CXV. Nr. 2).

46) Allgem. Kirchenzeit. 1837, Nr. 178, S. 1470 flg. — In Preußen sollen nach der Cabinetsordre vom 21. April 1838 (vergl. Circ. der Regierung zu Frankfurt a. O. vom 5. Juli 1838 in der cameralistischen Zeitung, Berlin 1838, Nr. 52, S. 1229, 1230) die Gebühren für Haustrauungsconcessionen, besonders zur Remunerirung der unbesoldeten Superintendenten und Schulinspectoren mit verwendet werden.

47) Allgem. Kirchenzeit. 1839, Nr. 50.

48) Daher Alexander III. im J. 1170 in c. 2. X. de donationibus (3. 24.): Quod episcopus et quilibet alius ecclesiasticus praelatus ecclesiasticarum rerum sit procuratus, non dominus, conditionem ecclesiae meliorare potest, facere autem deteriorem non debet. Vgl. c. 5. X. de peculio clericorum (3. 25.) (Concil. Toletan. II. a. 531), c. 17. de praebendis in VI. (3. 4.) (Bonifacius VIII.).

49) S. Anm. 23 flg. oben. Vgl. Eichhorn, Kirchenrecht, II. 743 flg.

den Genuß der congrua selbst beginnt mit der Annahme der Collation[50]), insofern nicht wegen zu leistender Annaten (s. den Art.), wegen gewisser dem Beneficium sonst obliegender Lasten (Diminutionen, Reservationen, Pensionen u. s. w.), oder einer Carenzzeit, eines Gnadenjahres u. s. w.[51]) ein Hinderniß eintritt. Der Genuß ist aber ein lebenslänglicher, insofern nicht dem Verleiher die willkürliche Entziehung zusteht, wie beim vicarius temporarius, oder einem beneficium manuale, ad nutum amovibile, oder aus bestimmten gesetzlichen Gründen die Entziehung der congrua erfolgt.

Was der Geistliche aus der congrua erwirbt und respective erübrigt, bildet sein peculium clericale, worüber jetzt im Allgemeinen, insofern nicht particularrechtliche Ausnahmen bestehen, inter vivos und mortis causa verfügt werden darf[52]).

Die congrua muß stets vollständig erhalten, und soll dem Geistlichen nicht durch Beschlagnahme entzogen werden. Schon das gemeine Recht sichert deshalb die verschuldeten Kleriker[53]). Nähere Festsetzungen enthalten die Territorialgesetzgebungen, wie denn unter anderen das preußische Recht festgestellt hat, daß ein Beschlag auf die Besoldung und Emolumente nur in der Art stattfindet, daß ein jeder 400 Thlr. frei behält. Gegen diejenigen, welche nur so viel oder weniger Diensteinkünfte haben, soll daher gar kein Arrestschlag, bei den übrigen aber der Beschlag nur auf die Hälfte des nach Abrechnung der 400 Thlr. bleibenden Ueberschusses der Besoldung und Emolumente gestattet werden. Nur bei Schulden aus unerlaubten Handlungen und bei currenten öffentlichen Abgaben findet diese Gewährung der Competenz nicht statt[54]).

---

50) C. 17. de praebendis in VI.

51) Näheres hierüber ist in besonderen Artikeln auszuführen. Namentlich kommt hier in Betracht die Auseinandersetzung des neu anziehenden und abgehenden Pfarrers, oder der Erben des letzteren, die Verwendung der Intercalarfrüchte u. s. w.

52) Die weitere Ausführung gehört nicht hierher. M. vgl. indessen Frey, Commentar über das Kirchenrecht, Bd. IV, S. 972 flg. Eichhorn, Kirchenrecht, II. 749 flg.

53) C. 3. X. de solutionibus (3. 23.) (Gregor IX. a. 1234), auf das man sich hierbei gewöhnlich bezieht, spricht nur von dem Falle, daß gegen einen Geistlichen, der keine Pfründe besitzt, nicht mit geistlichen Strafen verfahren werden solle. Durch Usualinterpretation, also durch die Praxis, ist aber das beneficium competentiae daraus hergeleitet worden. M. s. Hommel's Rhapsodien. Observ. 13. J. H. Böhmer, zum c. X. cit. und ius eccl. Prot. lib. III. tit. 23. §. 20 sq. Eichhorn, Kirchenrecht, I. 537—539, u. A. Im Allgemeinen s. m. auch den Art. beneficium competentiae.

54) S. Anhang zur allgem. Gerichtsordnung §. 160—164, 168—170, und mehrere Rescripte u. s. w. bei Bielitz, preuß. Kirchenrecht, §. 53, 54. Diese Bestimmungen sind durch Cabinetsordre vom 23. Mai 1826 (Gesetzsammlung d. J. Nr. 9) auch auf diejenigen Landestheile ausgedehnt worden, in denen die allgem. Gerichtsordnung nicht gilt. Dadurch sind denn die französischen Decrete vom 18. Nivose an XI. (8. Januar 1803) und 13. Fructidor an XIII. (31. August 1805) Art. 6 (Hermens, Handbuch a. a. O. I. 667, II. 329, vergl. 784), worin es allgemeiner heißt: Les traitements ecclésiastiques seront insaisissables dans leur totalité, rücksichtlich der Summe modificirt werden.

In Oeſterreich iſt als die Grenze der Execution die Summe von 300 Gulden feſtgeſtellt[55]) und in Bayern darf ein Drittheil des Einkommens eingezogen werden[56]).

Wenn wegen nicht genügender oder mangelnder Congrua der Gottesdienſt nicht gebührend verwaltet werden kann, ſo ſoll nach gemeinem Rechte eine Union der Kirchen, nöthigenfalls mit Suppreſſion der einen, erfolgen. Sonſt ſoll aus den Oblationen der Zehnten, in subsidium mittelſt Collecten, dem Bedürfniſſe abgeholfen werden[57]). Bei Veränderungen der Art iſt jetzt die Mitwirkung des Staates erforderlich, welcher auch durch Anweiſung auf den Religionsfonds, die Intercalarfrüchte u. ſ. w., dem Mangel eher abzuhelfen geneigt iſt, als Supprimirung der Kirchen zu geſtatten[58]).

H. F. Jacobſon.

**Connoſſement**[1]) (conocimiento, polizza di carico, police de cargaison, bill of lading, und im neueren Latein gewöhnlich apocha

---

55) S. Helfert, vom Kirchenvermögen, II. §. 56.

56) Andr. Müller, Lexikon, I. 478.

57) So nach dem Concilium Tridentinum sess. XXIV. cap. 13 de reform.: In parochialibus ecclesiis, quarum fructus tam exigui sunt, ut debitis nequeant oneribus satisfacere, curabit episcopus, si per beneficiorum unionem, non tamen regularium, id fieri non possit, ut primitiarum vel decimarum assignatione, aut per parochianorum symbola ac collectas, aut qua commodiori ei videbitur ratione, tantum redigatur, quod pro rectoris ac parochiae necessitate decenter sufficiat.

58) M. ſ. z. B. von Bayern die Verordnungen vom 10. Juni 1810, 4. Januar 1811, 23. Juni 1827 (Andr. Müller a. a. O. I. 689), für Würtemberg die Verordn. des katholiſchen Kirchenrathes v. 10. Nov. 1818 (Müller a. a. O. S. 690), für Naſſau die Edicte vom 6. und 25. April 1818 (Müller, S. 694) u. a. m.

1) Neuere Geſetze: Preuß. Landrecht II. 8. §. 1655, 56, 1668—74, 1716, 1720—22. Auch noch I. 20, §. 367—370. Code de commerce art. 281—285. Niederländ. Handelsgeſetzb. Art. 398 flg. Span. Handelsgeſetzb. Art. 799 flg. Portugieſiſches Handelsgeſetzb. Art. 1553 flg. — Literatur: Von den Lehrbüchern des Privatrechtes iſt hier nur Mittermaier, §. 545, 549, 565, zu nennen. Martens, Handelsrecht, §. 15 (ſehr dürftig). Bender, Handelsr. Bd. 1, §. 84. Pöhls, Handelsr. Bd. 1, S. 181 flg., Bd. 3, S. 447 flg. Pardessus, droit de commerce T. III. p. 188 sq. Gerdes, de literis recognitionis. Gron. 1744. Blanck, 1745. Slüter, de traditione mercium per literas recogn. Traj. ad Rhen. 1750. Rentzel, de litt. recog. praesertim duplicibus. Lugd. Batav. 1754. Steetz, de instrum. recog. Ultraj. 1785. Widow, de dominio mercium liter. recog. transmis. 1791. Haman, de litt. recog. s. connossamentis duplicib. Berol. 1827. Dieſe Diſſ. ſind faſt ſämmtlich von Hamburgern. Romunde, de recepti maritimi cautione, quae vulgo connossement etc. Traj. 1834. Büſch, Darſtellung der Handlung (Hamb. 1810), Zuſätze II. S. 360. Benecke, Aſſecuranzweſen, Bd. 1, S. 214. Quiſtorp, rechtl. Bemerkungen, Nr. 108. Carſtens, Beiträge zur Erläut. des lüb. Rechtes (1814), S. 133. Jacobſen, Seerecht (1815), S. 234 flg. Geſterding, alte und neue Irrthümer, S. 233. Archiv f. das Handelsrecht (1818), Bd. 1, S. 188 flg., Bd. 2, S. 231 flg. Holtius, over bezetver krijening by cognosc. in Den Tex Bydragen (Amst. 1834), T. VIII. p. 181. Wohl unſtreitig das Beſte über dieſen Gegenſtand. Elvers, praktiſche Arbeiten (1836), S. 96—135. Treitſchke, Kaufcontract (1838), S. 133—136.

oneratoriae litera recognitionis genannt)[2]) iſt eine Urkunde, in welcher der Schiffer bekennt, Waaren am Bord ſeines Schiffes erhalten zu haben, und ſich verpflichtet, dieſelben am Beſtimmungsorte an den deſignirten Empfänger abzuliefern. Es muß in einem ſolchen Connoſſement insbeſondere der Name des Schiffes, des Schiffers, ſowie des Abladers genau angegeben ſein, dem Namen des Deſtinatärs oder Conſignatärs pflegt oft auch ein „an Ordre" hinzugeſetzt zu werden, wodurch das Connoſſement als ein nach kaufmänniſcher Weiſe durch Indoſſament übertragbares Document bezeichnet wird; es braucht aber nicht immer ein beſtimmter Empfänger gleich benannt zu ſein, ſondern der Schiffer kann ſich nur verpflichten „an die Ordre" des Abladers die Ladung abzuliefern, indem dieſem noch die Beſtimmung darüber vorbehalten bleibt. In der Regel pflegen auch noch die Frachtbeſtimmungen, wie ſie im Frachtcontracte feſtgeſetzt ſind, aufgenommen zu werden[3]). Aus dieſen Angaben ergibt ſich, was zu dem weſentlichen Inhalte eines Connoſſements gehört[4]). Das Connoſſement dient alſo zunächſt dazu, um den Empfang der Waaren, wie ſie darin verzeichnet ſind, abſeiten der Schiffer, und daß mithin die angegebenen Waaren wirklich in dem Schiffe verladen worden ſind (was beſonders auch für die zu ſchließende Aſſecuranz wichtig iſt)[5]), zu beſcheinigen. Es kann jedoch das Connoſſement nur die dem Schiffer bei der Verladung wahrnehmbare Menge und Beſchaffenheit der Waare beweiſen[6]), und es wird ihm daher wohl in neueren Seerechten ausdrücklich das Recht eingeräumt, daß wenn ihm die Waaren nicht zugemeſſen, zugewogen, zugezählt ſind, auf dem Connoſſement zu bemerken, daß ihm Zahl, Sorte, Gewicht oder Maß unbekannt ſind. Es verſteht ſich dann auch, daß die einmal verladenen Waaren ohne Rückgabe aller Connoſſemente nicht wieder gelöſcht werden können. Nach dieſer Beſchaffenheit und nächſten Zweckbeſtimmung des Connoſſements zu urtheilen, würde daſſelbe dem Frachtcontracte unterzuordnen ſein, allein der Gebrauch, den die Kaufleute von dieſen Documenten machen, gibt ihnen eine allgemeinere, handelsrechtliche Bedeutung, und erzeugt ſchwierige Rechtsfragen,

---

2) Nach Holtius Bemerkung, a. a. O. S. 184, darf der Urſprung des Wortes nicht in Italien geſucht werden, da ſich dort dieſe Benennung nicht nachweiſen läßt; der italieniſche Name iſt: polizza di carico. Conociemento iſt vielmehr ſpaniſch und bezeichnet ein Bekenntniß etwas empfangen zu haben überhaupt.

3) Preuß. Landr. II. 8. §. 1668: Nach geendigter Ladung muß jedem Befrachter ein Empfangſchein oder ſogen. Conoiſſement unter des Schiffers Unterſchrift zugeſtellt werden. §. 1669: Darin müſſen die Waaren und deren Qualität, mit Zeichen und Nummern, der Ort ihrer Beſtimmung, der Name des Befrachters und Empfängers, die bedungene Fracht, und ob und was ſchon darauf bezahlt worden, ausgedrückt ſein. — Aehnliches C. de comm. art. 281.

4) S. über die Form der Connoſſ. Pöhls a. a. O. Bd. 3, S. 447—53. Formulare im Anhang zu Engelbrecht, wohlunterwieſene Schiffer, S. 133 flg.

5) Inwiefern die Connoſſemente bei den Aſſecuranzen in Betracht kommen, und die dahin gehörigen Rechtsverhältniſſe hat erläutert: Benecke, Syſtem des Aſſecuranz- und Bodmereiweſens, Bd. 1, S. 214 flg.

6) Mittermaier a. a. O. §. 545. I.

die eine genauere Feststellung erheischen. Es hat sich nämlich in der Handelswelt die Ansicht ausgebildet, daß durch das Connossement die Waaren selbst übertragen werden, so daß der Schiffer dem rechtmäßigen Inhaber dieselben auszuliefern hat. Es wird daher das Connossement nicht nur von dem Ablader dem Destinatär, um diesen zum Empfang zu legitimiren überschickt, sondern es kann dieser die Waaren, über deren Verladung und Bestimmung an ihn er durch das Connossement Gewißheit erhalten hat, nun schon an den Markt bringen, und es werden diese Waaren dann selbst schon durch Cession des Connossements oder gewöhnlich durch Indossement, sofern es an Ordre lautet, ähnlich, wie beim Wechsel, übertragen. Es werden daher auch mindestens drei Exemplare des Connossements ausgefertigt, damit eines der Schiffer behalte, ein anderes des Ablader und ein drittes von diesem dem Consignatär übersendet werde. Zu diesem letzteren Zwecke werden dem Ablader auch wohl mehrere Exemplare zugefertigt [7]), indem man wohl, wie bei Wechseln, verschiedene Exemplare mit verschiedenen Schiffen versendet, damit eines möglichst sicher an den Bestimmungsort ankomme. Es dient ein Exemplar auch wohl dazu, wenn die Versicherung an einem dritten Ort beschafft werden soll, um diese dann auf das Connossement zu nehmen [8]). Nach französischer und anderen neuen Handelsgesetzgebungen sollen mindestens vier Exemplare ausgefertigt werden, indem eines, außer dem Ablader, noch der Rheder erhält [9]).

Wann dieser Gebrauch der Connossemente sich gebildet hat, ist noch keineswegs gehörig untersucht und festgestellt. Seit dem 17. Jahrhundert bis auf die neueste Zeit läßt sich derselbe in Gesetzgebungen und Rechtssprüchen in den vorzüglichsten Handelsstaaten Europas nachweisen [10]). Doch hat es nicht an Schriftstellern von sonst wohlbegründetem Ansehen gefehlt, welche es in Abrede gestellt haben, daß, wie man sich wohl ausdrückt, das Connossement die Waaren gleichsam repräsentirte, und daß durch dasselbe diese übertragen werden; sie haben nämlich ein bloßes contractliches Verhältniß zwischen den Consignirenden und den Consignatär, und eine bloße daraus hervorgehende persönliche Verpflichtung des Schiffers gegen letzteren annehmen wollen [11]). Von einer anderen Seite zu weit gehend, haben dagegen ältere Rechtslehrer behauptet, daß durch das Connossement jedesmal das Eigenthum der Waaren auf den Inhaber

---

7) Preuß. Landr. II. 8. 1670: Von jedem Connoissement muß der Schiffer drei Exemplare, und wenn der Befrachter es verlangt, auch das vierte unterzeichnen; zugleich aber dahin sehen, daß sie völlig gleichlautend sind, und daß in jedem die Zahl der ausgefertigten Exemplare bemerkt werde.

8) Benecke a. a. O. Bd. 1, S. 234.

9) C. de commerce art. 282. Mittermaier, §. 545, Note 6.

10) Es ist dieses besonders geschehen von Holtius in der angeführten Abhandlung S. 184—202. S. auch Mittermaier, §. 565, II. Note 7, und die daselbst angef. Schriftsteller und neueren Handelsgesetze.

11) Es sind dieses bes. Emerigon, traite des assurances, c. 11. s. 3. p. 319. Jacobsen, Seerecht des Krieges und Friedens (Altona 1815), S. 234 flg. Vergl. damit Elvers, prakt. Arbeiten, a. a. O. S. 123, und bes. Holtius a. d. in voriger Note angef. Orte.

übertragen werde. Eine Betrachtung der kaufmännischen Verhältnisse zeigt aber leicht die Unrichtigkeit auch dieser Ansicht. Allerdings findet es bei Verladung einer Waare und Uebersendung oft statt, daß der Ablader dem Empfänger das Eigenthum übertragen will, und dieser es erwirbt; sie können sich wie Verkäufer und Käufer gegenüberstehen, wo dann dieser, wenn die Waaren bezahlt, z. B. sogleich Wechsel auf ihn gezogen oder creditirt sind, allerdings durch Uebersendung des Connossements das Eigenthum der Waaren erhält. Allein der Empfänger kann auch bloßer Commissionär, dem der Ablader die Waaren zum Verkauf, oder Spediteur sein, dem er sie zur Weiterbeförderung übersendet [12]). Hier, sieht man leicht, kann von einem Eigenthumserwerbe keine Rede sein. Welche Rechte der Empfänger an der Waare erwirbt, kann daher nur aus den sonst stattfindenden Verhältnissen, nicht aus dem Connossement entnommen werden. Da aber der Connossementsinhaber gleichsam schon als Inhaber der Waare selbst betrachtet wird, so hat man dieses in neuerer Zeit ziemlich allgemein, und wie es namentlich noch durch Pöhls geschieht, als eine symbolische Tradition ansehen wollen [13]), eine Vorstellung, die wohl durch die gewöhnliche Ausdruckweise, daß das Connossement die Waare vertritt, hervorgerufen sein mag. Die ganze Sache hat sich aber zu einer Zeit auf einem Gebiete ausgebildet, wo die Rechtssymbolik sonst nicht eben gewöhnlich heimisch zu sein pflegt, und es dürfte daher eine durch handelsrechtliche Gewohnheit begründete Abweichung vom römischen Rechte, dem die Idee einer symbolischen Tradition fremd ist, schwerlich erweislich und zur Erklärung der vorkommenden Rechtsverhältnisse nothwendig und genügend sein. Das Connossement läßt sich etwa mit den Schlüsseln vergleichen, sowie diese den Raum erschließen, und durch ihre Uebergabe der Empfänger den wirklichen Besitz der darin befindlichen Waaren erwirbt, so öffnet gleichsam das Connossement den Raum des Schiffes, indem der Schiffer dem Inhaber desselben die Waaren auszuliefern hat. Durch das Connossement wird daher der Besitz nicht symbolisch, sondern wirklich übertragen. Es ist dieses vorzüglich von Holtius und dann von Elvers, der auf die treffliche Arbeit seines Vorgängers aber keinen Bezug genommen hat, ausgeführt worden. Der Schiffer ist nämlich nicht als ein Mandatar des Befrachters, und in der Regel auch nicht des Consignatärs (der nicht einmal immer unterrichtet, wenn eine Ladung an ihn abgeht, und mit welchem Schiff und Schiffer), sondern als ein negotiorum gestor des letzteren zu betrachten [14]). Pöhls [15]) sagt zwar noch: Der Schiffer übernahm seine Verbindlichkeit, die Waare an den Destinatär auszuliefern, allein gegen den Ablader. Der dritte Empfänger kann gegen ihn daher nur ein abgeleitetes Recht behaupten, dessen Quelle immer der Ablader bleibt. — Treffender scheint mir aber die Darstellung von Hol-

12) S. Benecke, I. S. 219 flg.
13) Pöhls a. a. O. S. 181.
14) Die englischen Juristen betrachten ihn als Procurator des Adressaten. Holt, shipping and navigation law II. p. 61. Law magazine X. p. 355 sq.
15) Pöhls a. a. O. Bd. 1, S. 183.

tius [16]): Wenn der Schiffer Güter an Bord nimmt, und darüber ein Connossement zeichnet und abgibt, so handelt er im Bewußtsein der seerechtlichen Gewohnheit, die ihn verpflichtet, an den (oder dessen Ordre) abzuliefern, der in dem Connossement genannt ist, und daß diese Verpflichtung gebietend und unvermeidlich ist, so daß er für diesen in den Besitz der Güter tritt. — Der Schiffer ergreift für den Connossementsinhaber die custodia oder den factischen Besitz, und durch die Ratihabition des Consignatärs oder derweiligen Connossementsinhabers, tritt der animus possidendi hinzu, wodurch sich jene custodia in eine wahre juristische possessio verwandelt. Wenn auf diese Weise die Rechtsverhältnisse sich hier den Rechtsgrundsätzen des römischen Rechtes gemäß gestalten, so darf man doch nicht diese als die Quelle derselben betrachten wollen. Es ist die Vermuthung nicht unwahrscheinlich, daß Vorstellungen, die dem Wechselrechte entlehnt sind, auf die Ausbildung dieser Lehre eingewirkt haben, wo der Acceptant nicht sowohl eine Verpflichtung gegen den Aussteller des Wechsels, sondern gegen den Remittenten und Jeden, der durch sein Indossement Inhaber des Wechsels geworden ist, übernimmt [17]).

Es kommt im kaufmännischen Leben wohl vor, daß von dem Ablader, während ein Connossement bereits abgeschickt worden, und dadurch der Inhaber nun schon in den Besitz der Waaren selbst gekommen ist, eine andere Verfügung über die Waaren getroffen wird. Es geschieht dieses gewöhnlich durch die Absendung eines zweiten Connossements. Es fragt sich, ob der Ablader dazu berechtigt ist? Hierbei kommt es aber darauf an, welches Verhältniß zwischen ihm und dem ersten Destinatär stattfindet, und welche Rechte an der Waare dieser mit dem Besitze (der eine bloße Detention oder ein Civilbesitz sein kann) derselben erworben hat. Wenn der Distinatar nur etwa Spediteur oder Commissionär des Abladers ist, so steht einer anderen Verfügung über die Waaren im Allgemeinen nichts entgegen, da er sein Mandat (Verkaufscommission u. dgl.) entziehen kann. Es wird aber der erste Connossementsinhaber immer die Rechte, die mit dem Besitze als solchem verbunden sind, geltend machen können, und es kommt hier auch besonders das Retentionsrecht oder gar Pfandrecht, namentlich in dem Falle, wenn der Commissionär zugleich Tratten seines Committenten honorirt hat [18]), in Betracht. Dagegen fällt das Dispositionsrecht weg, wenn der Inhaber des Connossements Eigenthümer der Waaren geworden, wenn er sie also durch Kauf erworben [19]), oder wenn sie ihm in solutum gegeben sind [20]). Beim Kaufe kommt in Betracht, ob derselbe nach den dabei unter Kaufleuten in Bezug auf manche Arten des Kaufes geltenden Regeln (die unter dem Artikel Kaufcontract erläutert werden sollen) bereits perfect geworden, und ob der Kaufpreis, sei er baar gezahlt oder, was dem gleichsteht, Compensation eingetreten oder Cre-

16) Holtius a. a. O. S. 204.
17) Holtius a. a. O.
18) S. den Art. Commissionshandel, S. 717.
19) S. Pöhls, Bd. 1, S. 184, u. Bd. 3, S. 458. Mittermaier, §. 565, Note 13.
20) Holtius a. a. O. S. 209.

dit gegeben ist. Die directe Uebersendung des Connossements an den Käufer, ist aber als ein Zeichen anzusehen, daß der Absender habe Credit geben wollen [21]). — Die teutschrechtliche Beschränkung der Vindication, die man durch „Hand muß Hand wahren" bezeichnet, kann hier aber in zweifacher Weise wirksam werden: a) indem, wenn dem Absender das Eigenthum der versendeten Waaren nicht zustand, der wirkliche Eigenthümer dieselben nicht von dem Consignatär, nachdem ihm das Connossement übersendet worden ist, vindiciren kann; b) aber ebenso die Befugniß des Absenders, anderweit über die Waaren zu verfügen, nicht geltend gemacht werden kann, wenn der erste Connossementsinhaber mittelst Uebertragung des Connossements die Waaren selbst veräußert hat [22]). Die hamburger Fallitenordnung (Art. 25) verordnet aber [23]): Sind Waaren aus der Fremde von einem Falliten verschrieben, die von demselben überall nicht oder nicht völlig bezahlt sind, und der Versender erfährt immittelst, da die Waare zu Wasser oder zu Lande noch unterwegs ist, entweder durch das Gerücht oder durch seine mit Protest zurückgekommenen Wechselbriefe des Falliten schlechte Umstände, so mag derselbe durch die Ueberschickung des zweiten Connossements, oder durch Stellung anderweitiger Ordre, diese Waaren, insofern sie noch nicht in des Falliten wirklichen Gewahrsam gekommen, und falls das Connossement von ihm nicht schon („vor seinem Austritt" vergl. §. 3 des Artikels) weiter an Andere transportirt worden [24]), ebenfalls wieder zu sich nehmen, und soll das zweite Connossement oder die zuletzt ertheilte Ordre, dem ersten, welches der Debitor hat, wenn er gleich die Assecuranz auf die Waaren besorgt hätte, ohne Widerspruch vorgezogen werden. — Ich habe diesen Artikel aber deshalb ganz mitgetheilt, weil darin ein allgemeiner handelsrechtlicher Grundsatz ausführlich ausgesprochen ist [25]). Auch die preußische Gerichtsordnung (Tit. 50) verordnet: daß die Waaren, die nach eröffnetem Concurs ankommen, auch wenn das Connossement früher eingegangen, zur Disposition des Absenders bleiben. Die französische Gesetzgebung gestattet eine Wiederzurücknahme (revendication), wie es auch die hamburger Fallitenordnung bestimmt, nur so lange, als die Waaren noch unterwegs, noch nicht in die Magazine des Falliten gekommen, und wenn sie nicht vorher sans fraude auf Grund des Connossements, der Factura, des Frachtbriefes verkauft worden sind [26]). Dasselbe Recht bezeichnet das englische: stop-

21) S. darüber bes. Heise und Cropp, Abhandlungen, Bd. 1, S. 429.

22) Ueber beide Fälle s. Pöhls, Bd. 1, S. 185—187.

23) Neue Fallitenordnung der Stadt Hamburg von 1753 in Klefeker, Sammlung der hamb. Ges. Bd. 4. — Hasche, Erläuterung der hamb. Fallitenordnung (Hamb. 1802), Th. 2, S. 164—190.

24) Präjudicate des Handelsgerichtes zu Hamburg: daß nur diejenige Uebertragung des Connossements, welche den rechtlichen Grund des Eigenthumsüberganges für sich hat, die Vindication von Seiten des Absenders verhindert. S. Archiv für das Handelsrecht, Bd. 1, S. 411 flg.

25) Vergl. auch Carstens, Beitr. zur Erläuterung des lüb. Rechtes, S. 144 flg.

26) Code de comm. §. 577, 578. Durch diese Bestimmungen ist das droit de suite des älteren französischen Rechtes aufgehoben; dieses gab dem

page in transitu[27]); es wird dieses auch dadurch ausgeübt, daß der Absender ein zweites Connossement schickt.

Daraus nun, ob der Absender nach Uebersendung des ersten Connossements noch berechtigt war, über die Waaren zu verfügen, beantwortet sich, welches von beiden Connossementen vorgeht. Das zweite Connossement muß hier nachstehen, so weit durch eine weitere Disposition Rechte des Inhabers des ersten verletzt werden würden; es kommt hierbei nicht nur sein Eigenthumsrecht in Betracht, sondern auch ein etwaiges Pfandrecht, Retentionsrecht und Compensationsrecht, so weit ihm als Besitzer der Waare solche nach den gemeinrechtlichen oder am Orte geltenden Normen zustehen. So weit ein Recht des ersten Connossementsinhabers nicht gekränkt wird, geht also unter gleichen Umständen das jüngste Connossement vor. Das jüngste ist aber das, welches von beiden am spätesten von dem Absender indossirt ist; Pöhls hat daher auf die Nothwendigkeit, die Indossemente zu datiren, aufmerksam gemacht[28]). Wenn nicht der, auf welchen das Connossement lautet, oder dem es von dem Absender selbst indossirt ist, sondern ein dritter Inhaber die Auslieferung der Waaren verlangt, so muß er sich über den gehörigen Besitz des Connossements durch eine in Ordnung befindliche Reihe von Indossementen (respective durch Cession, wenn das Connossement nicht an Ordre gestellt ist) legitimiren[29]). Das holländische Handelsgesetzbuch bestimmt hier: Unter den Inhabern von Connossementen hat den Vorzug der, dessen Exemplar in der besten Ordnung ist. Wo die Entscheidung sich nicht darnach richten kann, geht derjenige, dessen Connossement auf seinen Namen lautet, demjenigen vor, dessen Exemplar an Ordre oder den Inhaber lautet. Ist auch hierin kein Unterschied, so muß die Waare bis zur erfolgten richterlichen Entscheidung aufgelegt werden[30]). Der Schiffer ist zwar, wenn er auf ein in Ordnung befindliches Connossement bona fide abgeliefert hat, außer Verantwortung[31]); er kann aber, wenn mehrere Connossementsinhaber zugleich auftreten, die Auslieferung an einen weigern und die Waaren in sichere Verwahrung bringen lassen, bis sie ihren Rangstreit ausgefochten haben[32]); wenn auf eines von mehreren die Waaren verlangt werden, die Einhändigung aller Connossemente verlangen[33]), und wenn das Connosse-

---

Absender einer unbezahlten Waare beim ausgebrochenen Concurs des Empfängers das Recht, die Waare, wo er sie fand, zu vindiciren, selbst wenn das Connossement oder die Waare selbst schon an einen Dritten veräußert worden war. Es wurde eine Quelle zu vielen Streitigkeiten, weil die Franzosen dieses Recht selbst gegen ausländische Gesetze durchzusetzen suchten. Vgl. Archiv für das Handelsrecht, Bd. 1, S. 201.

27) Edw. Lawes, practical treatice on charter parties of affreightment, bills of Lading and stoppage in transitu London. — Pöhls a. a. O. Bd. 3, S. 532 flg. Jacobsen, Seerecht, S. 250 flg.

28) Pöhls a. a. O. Bd. 3, S. 455.

29) Pöhls, Bd. 1, S. 184, bes. auch Treitschke, Kaufcont. S. 135.

30) Niederl. Handelsgesetzb. Art. 407, 408.

31) Pöhls a. a. O. Bd. 1, S. 183, Bd. 3, S. 474.

32) Pöhls, Bd. 3, S. 476.

33) Das preuß. Landr. II. §. 1716, 1720, macht ihm dieses auch zur besondern Pflicht.

ment, dessen Inhaber sein Recht sonst nicht bestritten, sich nicht in völliger Ordnung befindet, Sicherstellung bis zur Beseitigung des Mangels fordern [34]). Nach ordnungsmäßiger Ablieferung aller Waaren an den durch das Connossement bestimmten Empfänger, ist der Schiffer auch die bestimmte Fracht zu fordern berechtigt [35]). Wilda.

**Consecration** [1]) ist diejenige sacramentalische Handlung, durch welche Personen und Sachen zum heiligen Gebrauche geweiht werden (daher Weihe, Weihung) [2]).

In allen Religionen finden sich dergleichen Weihen mit bestimmten Voraussetzungen und Wirkungen [3]), ganz besonders wurden aber die Grundsätze darüber in der Synagoge und später in der Kirche entwickelt [4]). Entscheidend ist dabei der Begriff des Opfers, indem der geweihte Gegenstand Gott dargebracht (offertur, geopfert) wird. Dieß spricht sich insbesondere in der Salbung aus: denn das, worauf man Oel gießt, wird dadurch zu einem Altar, indem das Oel in die Stelle des Opferthiers tritt [5]).

Die katholische Kirche sieht die Consecration als eine sacramentähnliche Handlung an (ritus sacramentalis), in welcher die Materie, die Form und der Minister des Sacraments zwar vereinigt sind, also das sacramentum im engeren Sinne erzeugt wird [6]), die aber darum

---

34) Pöhls, Bd. 1, S. 184.

35) Preuß. Landr. a. a. O. §. 1722. Mittermaier, §. 549, Note 3a.

1) Die Quellen berühren die hier in Betracht kommenden Punkte meistens bei den einzelnen Gegenständen selbst. Im Allgemeinen sind aber zu erwähnen: Decreti P. III. de consecratione, besonders dist. I. C. un. X. de sacra unctione (1. 15.) (Innocentius III. a. 1204). Tit. de consecratione ecclesiae vel altaris (X. III. 40. in VI. 3. 21.) u. a. — Was von den Quellen, gilt auch von der Literatur. Es genüge daher die besondere Erwähnung von: Gavantus, thesaurus sacrorum rituum, ed. nov. Venetiis 1823, 4. Martene, de antiqua ecclesiae disciplina. Lugduni 1706, 4. Helfert, Darstellung der Rechte, die in Ansehung der heiligen Handlungen stattfinden (Prag 1826, 8.), besonders §. 25—28. Eisenschmidt, die Gebräuche und Segnungen der römischen Kirche. Neustadt a. d. O. 1830, 8. u. a. m.

2) Die Wurzel des teutschen Ausdruckes, der sich schon früh findet, ist wie, wiha, wig = heilig (s. Graff, althochteutscher Sprachschatz, I. 721 flg.).

3) Ueber die heidnischen Consecrationen, Dedicationen u. s. w. s. m. außer den Schriften über Archäologie: Suicer, thesaurus eccles. s. v. τέλεσμα und τελετή. — Recherches historiques et critiques sur les mystères du paganisme par M. le Baron de Sainte Croix, ed. II. par M. le Baron Sylvestre de Sacy. Paris 1817, 2 vol. 8. und dagegen Lobeck's Aglaophamus. Regim. 1829, 8.

4) Eine wesentliche Differenz zwischen dem alten und neuen Testamente behauptet hierbei Innoc. III. c. un. §. 8. X. de sacra unctione. (1. 15.)

5) M. s. z. B. Genesis XXVIII. 18. XXXV. 14. u. a., und über diese Auffassung: Züllig, Johannes des Gottbesprachten — — Apokalypse (Stuttg. 1834, 8.), I. 18. 19. Anm.

6) Daher heißt die Salbung geradezu sacramentum in der Anm. 4 cit. Stelle.

nicht den Charakter des Sacraments selbst in seiner Vollendung besitzt, weil die besondere Verheißung der sacramentalischen Gnade, also die **res sacramenti**, derselben fehlt.

Die materiellen und formellen Requisite gestalten sich bei einzelnen Riten abweichend und sind in den Liturgieen näher bezeichnet. Im Allgemeinen aber findet sich die Ertheilung des Segens (**benedictio**)[7], unter Anwendung des Zeichens des Kreuzes, der Anrufung des heiligen Geistes, der Auflegung der Hände, des Gebrauches von Räucherwerk (Weihrauch), von geweihtem Wasser, von Salben u. s. w. Minister der heiligen Handlung ist bald nur der Bischof, bald ein Presbyter.

Die Benediction, das feierliche Gebet zum Wohl einer Person oder für den heilsamen Gebrauch einer Sache[8], ist stets mit der Consecration verbunden, doch kommt sie in einzelnen Fällen auch selbstständig vor. Die dazu erforderlichen Formulare finden sich theils in den gewöhnlichen Agenden, theils in besonderen Benedictionalien[9]. Bemerkenswerth ist besonders die Benediction der Brautleute bei der Copulation[10], der Wöchnerinnen beim ersten Kirchgange[11], der Vorsteher der Klöster[12] durch den Bischof, in Rom durch den Papst oder einen Bischof vermöge Delegation u. s. w., desgleichen bei verschiedenen Gegenständen, theils an bestimmten Festen und für dieselben[13], theils allgemeiner[14]. Auch wird dieselbe bei verschiedenen kirchlichen Geräthschaften angewendet und kann, falls sie ohne Salbung erfolgt, einem Presbyter übertragen werden. Das Einsegnen von Kreuzen, Bildern, Rosenkränzen u. s. w., deren Gebrauch mit gewissen Wohlthaten verknüpft ist, erfolgt durch den Bischof.

---

7) Aus **signum** (sc. **crucis**), **signare** ist das teutsche: Segen, segnen, entstanden. (s. Adelung, Wörterbuch s. h. v. Grimm, teutsche Mythologie.)

8) C. 16. dist. XXVIII. (Concil. Sextum a. 706, c. 26) erklärt: **benedictio sanctificationis traditio est.**

9) Neben den kirchlichen Segensformeln finden sich aber auch stets eine Menge Segenssprüche unter dem Volke selbst. M. s. unter anderen Beispielen aus dem Mittelalter in: Mone, Anzeiger für Kunde der teutschen Vorzeit. 1834. S. 277 flg.

10) Ueber die Streitfrage, inwiefern davon, oder von dem ehelichen Consense die Sacramentsqualität der Ehe abhängt, s. m. den Art. Ehe. Insbesondere vergl. man: Berg, Ueber die Erforderlichkeit der priesterlichen Einsegnung zum Sacramente der Ehe (Breslau 1836), und dagegen: meine Recension in Richter's krit. Jahrbüchern für teutsche Rechtswissenschaft, I. 33 flg. Pletz, neue theolog. Zeitschr. (Wien 1837), H. 1. Tübinger katholische Quartalschrift, 1837, H. 1, u. A.

11) III. Mosis, XII. C. 1. 2. dist. V. C. un. X. **de purificatione post partum.** (3. 47.)

12) C. 13. X. **de accusationibus** (5. 1.) (Alexander III. a. 1175). Clem. 2. **de statu monachorum** (3. 10.) (Clemens V. a. 1311).

13) Des Wassers, der Asche, der Palmen, Kerzen u. s. w. (s. Martene a. a. O. im Register s. v. benedictio.)

14) **Benedictione afficiuntur subsidia vitae maxime necessaria, veluti panis, vinum, salia, carnes, herbae, domus, naves, agri, arma et vexilla bellica, aliaeque res ad augendam sive pietatem, sive prosperitatem nostram comparatae.** (Sauter, fundamenta iuris eccl. Vol. II. §. 794. nr. 3.)

Der Gebrauch des Bekreuzens ist bei allen liturgischen Verrichtungen beinahe üblich und ist auf diese aus dem häuslichen Leben schon in der ältesten Zeit der Kirche übertragen[15]).

Die Händeauflegung (manus impositio) ist schon nach der Vorschrift des alten Bundes bei verschiedenen heiligen Gebräuchen erforderlich[16]), auch im neuen Testamente wiederholt erwähnt[17]) und nach der Festsetzung der Kirche mehrfach wesentlich, wie bei der Firmung (s. den Art.), der Aufnahme Büßender, der Ordination u. s. w.[18]).

Zur Salbung dient bald reines Olivenöl, bald solches, das mit Balsam gemischt ist (chrisma, Chrisam)[19]), und mit bestimmten Formeln dazu geweiht wird. Jenes wird bei der Taufe, Priesterweihe gebraucht (oleum catechumenorum), bei der letzten Oelung (oleum infirmorum), dieses bei der Firmung, der bischöflichen Weihe[20]) u. s. w.

Am bedeutsamsten wird die Consecration bei der Weihe der Kirchen und Altäre, der Bischöfe, dem heiligen Abendmahle (vergl. die einzelnen Artikel).

Die Wirkung der Weihe ist, daß das weltliche Element vom Gegenstande entfernt, die Person also eine Gott gewidmete, kirchliche wird, und die consecrirte Sache aus dem allgemeinen Verkehr scheidet (res extra commercium)[21]). Da die Weihe eine gewisse Heiligkeit erzeugt, so dürfen die geheiligten Gegenstände nicht mehr mit ungeweihter Hand berührt werden[22]), und eine Verletzung derselben zieht um so härtere Strafe nach sich[23]).

---

15) S. Rheinwald, kirchliche Archäologie, §. 56, 128.

16) So bei Opferthieren zum Zeichen, daß ihnen die Sündenschuld auferlegt sei, die sie büßen sollen (III. Mos. I. 4. III. 2. u. a.), bei Verbrechern zum Zeichen, daß sie die Strafe verdient haben (III. Mos. XXXIV. 14. u. a.), bei den Leviten, indem ihnen der Tempel und die Heiligthümer übergeben wurden (IV. Mos. VIII. 10.) u. a.

17) Beim Segnen der Kinder (Matth. XIX. 13—15), Heilen der Kranken (Marc. V. 23. VI. 5. u. a.), bei den neubekehrten Christen (Apostelgesch. XIX. 6.), bei den Aeltesten und Diaconen (Apostelgesch. VI. 6., I. Timoth. IV. 14., II. Tim. I. 6. u. a.)

18) C. 7. dist. XCII. (c. 17. Conc. Antioch. a. 341) (dazu s. m. J. H. Böhmer not. 100). C. 3. X. de sacramentis non iterandis (1. 16.) (Gregor IX. a. 1128). Beim ordo subdiaconi bleibt sie fort (s. Gonzalez Tellez ad c. 9. X. de aetate [1. 14.] nr. 2).

19) Martene l. c. p. 239 sq. Vgl. c. 5. dist. XI. c. un. §. 26. X. de sacra unctione.

20) S. c. un. cit. (1. 15.)

21) C. 38 sq. dist. I. de consecr. C. 3. X. de rerum permutatione. (3. 19.) C. 4. X. de religiosis domibus. (3. 36.) Auffallend erscheint die Behauptung Brendel's (Kirchenrecht, §. 139, Anm.), es sei ein Ausfluß des heidnischen Lehrbegriffs, daß die durch Weihe zur Gottesverehrung bestimmten Sachen ihren Herrn wechseln und in das Eigenthum Gottes übergehend dem Verkehre entzogen seien, — da die res ecclesiaticae ebenso, wie res publicae einem öffentlichen Zwecke dienen.

22) C. 41. 42. dist. I. de consecr.

23) Daher das privilegium canonis, nach welchem derjenige, der sich thätlich an einem Geistlichen vergreift, eo ipso excommunicirt sein soll (Zachariä II. 8. Capit. Caroli M. de honore episcoporum et reliquorum sacerdotum a. 805, u. a. m. C. 29. C. XVII. qu. 4. (c. 15. Conc. Lateran. a. 1139).

Die evangelische Kirche[24]) kennt eine Weihe im Sinne der katholischen Kirche nicht. Benedictionen kommen vielfach vor[25]), statt der Consecration hat sie aber eine Dedication[26]), welche den Gegenstand ebenfalls dem allgemeinen Verkehre entzieht. Die Form ist in den Agenden vorgeschrieben[27]), die heilige Handlung vollzieht aber jeder Geistliche bald vermöge eignen Rechts, bald vermöge besonderen Auftrags, bald auch nur der Superintendent. H. F. Jacobson.

**Constitutum debiti**[1]). Constituere heißt in der Kunstsprache der römischen Rechtsgelehrten mit bloßen Worten ohne Stipulationsform versprechen, daß man eine gewisse Schuld bezahlen wolle, ohne Unterschied, ob dieß Versprechen sich auf die eigene Schuld des Versprechenden oder auf eine fremde bezieht[2]). Die Erfordernisse, unter welchen ein Constitut gedacht werden kann, sind folgende: 1) Es muß irgend eine Verbindlichkeit, deren Zahlung durch das constitutum versprochen wird, vorhanden sein[3]). Daher ist das Constitut nichtig, wenn entweder gar keine Verbindlichkeit vorhanden ist[4]), oder eine solche, welche durch eine Exception zurückgewiesen werden kann[5]), und wird,

---

C. 4 sq. 15. 17. 47. X. de sententia excommunicationis (5. 39.), Bestimmungen, die jetzt nicht mehr anwendbar sind, da jede excommunicatio jetzt nur ferendae sententiae ist. Ebenso erklärt sich, wie der Kirchendiebstahl im Allgemeinen, als Kirchenraub bezeichnet wird, ohne daß der Thatbestand des Raubes vorausgesetzt ist, und härtere Strafe darauf erfolgt. Schon Cicero, de legibus II. 9. 16.: Sacrum sacrove commendatum qui clepserit rapsitque parricida esto. — Can. 71. 72. (al. 72. 73.) Apostolorum. C. 3. C. XXIII. qu. 4. (Augustin. a. 412). Lex Ripuar. tit. LX. c. 8. Lex Frisionum additio sapientum I. §. 1. Sächsisches Landrecht II. 66. Bamberg. art. 197 flg. art. 171 flg. und die neuere Gesetzgebung (m. s. Hitzig, Annalen des Criminalrechtes, VII. 65 flg.).

24) Eisenschmidt, Geschichte der protestantischen Kirchengebräuche. Leipzig 1799, 8.

25) Bei der Copulation, Ordination (mit Handauflegung) u. s. w. Das Einsegnen der Kindbetterinnen hat die brandenburger Kirchenordnung von 1533 (Art. von der Taufe Fol. XXXV) abgeschafft, da dieselben „nicht in des Teufels Gewalt sind."

26) Bei der Einweihung von Kirchen (s. preuß. Ministerialrescript vom 1. Sept. 1837), Kirchhöfen u. s. w. Mitunter findet sich auch ein engeres Anschließen an die katholischen Gebräuche. So werden z. B. in Schweden Altäre noch feierlich geweiht.

27) Borowski, über die liturgischen Formulare, besonders der Lutherischen Gemeinden in Preußen. Königsberg 1790, 4.

1) Literatur: Pothier, Pandectae Iustinianeae, lib. XIII. tit. 5. tom. I. p. 425—430, und Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 13, S. 361—425.

2) So in der Redensart: de constituta pecunia agitur (§. 9. J. 4. 6.), pecuniam debitam constituo (L. 1. §. 1. D. de constituta pecunia [13. 5.]), debitum constituere, se soluturum constituere etc.

3) L. 1. §. 6—8. D. 13. 5. L. 3. §. 1. L. 25. §. 1. D. ibid. L. 11. L. 19. pr. u. §. 1. D. ibid. L. 18. §. 1. D. ibid.

4) L. 3. §. 1. D. 13. 5. L. 19. pr. D. ibid.

5) L. 3. §. 1. D. 13. 5.

falls das Constitut eine höhere Summe enthält, als aus der früheren Verbindlichkeit geschuldet ist, stillschweigend auf den Betrag derselben herabgesetzt[6]). Auch ist es nur als Folge dieses Grundsatzes zu betrachten, daß, wenn die Hauptschuld, über welche das Constitut eingegangen wird, von einer Suspensivbedingung abhängt, diese sich auch beim unbedingten Constitut von selbst versteht[7]). Was den Zeitpunkt anbetrifft, nach welchem man die Existenz der Hauptforderung zu beurtheilen hat, so ist es der, an welchem das Constitut eingegangen wird[8]). Daher gilt das Constitut auch dann fort, wenn die Klage aus der Hauptobligation nach der Eingehung des Constituts durch den Ablauf der Zeitfrist erlischt, auf welche sie von Anfang an beschränkt war. Uebrigens ist es in Bezug auf das Constitut gleichgiltig, ob die Verbindlichkeit, über welche es eingegangen wird, nach dem Civilrechte oder nach dem prätorischen Rechte besteht[9]). Selbst über die sogenannten natürlichen Verbindlichkeiten[10]) und über die von einem bestimmten Zahltage abhängigen Obligationen kann vor Eintritt dieses Termines ein Constitut giltigerweise eingegangen werden[11]). 2) Derjenige, welcher das Constitut eingeht, muß fähig sein, sich durch seine Willenserklärung verbindlich zu machen. Denn zur Eingehung des Constituts gehört die Absicht, ein solches einzugehn[12]). Daher können die Pupillen nicht ohne Einwilligung des Vormundes constituiren[13]), und die Frauen können es nur insoweit, als das Constitut keine Intercession enthält[14]). 3) Der Constituent muß versprechen, die Zahlung selbst zu leisten. Daher wird das Constitut, wodurch ich verspreche, daß ein Anderer Zahlung leisten werde, für nichtig erklärt[15]), und falls ich alternativ die Zahlung von meiner Seite oder von der eines Anderen zusichere, die Sache so behandelt, als ob ich das Constitut auf mich allein bezogen hätte[16]). 4) Der, an welchen das Versprechen abgegeben wird, muß durch das Constitut das Recht erwerben, die Obligation einzuklagen. Deshalb ist das Constitut ungiltig, wenn die Zahlung an einen Anderen versprochen wird, als derjenige ist, an welchen das Versprechen in der That abgegeben wird[17]), und wenn neben der zuletzt genannten Person alternativ eine zweite genannt wird, so wird dieß so beurtheilt, als ob die letzte gar nicht erwähnt worden

---

6) L. 11. pr. u. §. 1. D. 13. 5. L. 1. §. 7. D. ibid.

7) L. 19. §. 1. D. 13. 5. Im älteren Rechte war es freilich streitig, ob über eine von einer Resolutivbedingung abhängige Schuld ein Constitut eingegangen werden könne. Vgl. L. 2. C. de pecunia constituta. (4. 18.)

8) L. 18. §. 1. D. 13. 5. L. 19. §. 2. D. ibid.

9) L. 1. §. 8. D. 13. 5. L. 3. §. 2. D. ibid. L. 19. §. 2. D. ibid.

10) L. 1. §. 7. D. 13. 5.

11) L. 3. §. 2. D. 13. 5. Im älteren Rechte war dieß streitig. L. 2. C. de pecunia constituta. (4. 18.)

12) L. 1. §. 4. D. 13. 5.

13) L. 1. §. 2. D. 13. 5.

14) L. 1. §. 1. D. 13. 5.

15) L. 5. §. 4. D. 13. 5. Nov. 115. cap. 6.

16) Nov. 115. c. 6.

17) L. 5. §. 5. D. 13. 5.

wäre[18]). Ausnahmsweise ließ man das Constitut auch an den Tutor eines Pupillen, an den Curator eines Minderjährigen oder eines Wahnsinnigen und an den Bevollmächtigten einer juristischen Person zu, wie es der actor municipum ist[19]). Ein Constitut an den Procurator hingegen ließ zwar Julian allgemein, Pomponius aber nur insofern zu, als die an ihn selbst zu leistende Zahlung Gegenstand des Constituts ist[20]). An Personen, durch welche man Obligationen erwirbt, wie an den Hausſohn, den eigenen Sclaven und den bona fide serviens kann das Constitut unbedenklich gerichtet werden[21]). 5) Das Versprechen darf nicht in die Form der Stipulation gekleidet sein[22]). Denn wenn dieß geschehen ist, so tritt die Verbalobligation an die Stelle des Constituts. — Was die Form des Constituts anbelangt, so ist darüber in den römischen Rechtsquellen nichts weiter bestimmt, als daß es in der Form ein Vertrages abgeschlossen werde[23]). Daher kann dasselbe unter Anwesenden und Abwesenden, durch Boten und Briefe abgeschlossen werden[24]). Ueber den Inhalt des Constituts finden sich in den römischen Rechtsquellen die Bestimmungen, daß die Summe desselben gar nicht ausdrücklich bemerkt zu werden braucht[25]), daß ein Constitut auf eine mindere Summe, als welche den Gegenstand der Hauptobligation ausmacht, giltig ist[26]), und daß auch ein anderer Gegenstand, als derjenige, welcher das Object der Hauptobligation ist, constituirt werden kann[27]). Im zuletzt genannten Falle versteht es sich indeß von selbst, daß das Constitut nur insoweit gelten könne, als das Object des Constituts entweder gleichen oder minderen Werth hat, als das der Hauptobligation, und daß, falls der Gegenstand des Constituts einen höheren Werth hat, dasselbe von selbst auf den Betrag des Objectes der Hauptobligation herabgesetzt wird. Streitig war es unter den alten Juristen, ob die Hinzufügung eines Zahlungstermines zum Wesen des Constituts gehöre oder nicht. Im Justinianischen Rechte ist diese Controverse dahin entschieden, daß ein ohne Hinzufügung eines Zahlungstermins abgeschlossenes Constitut zwar giltig sein, aber nicht vor Ablauf von wenigstens zehn Tagen, von dem Abschlusse der Obligation an gerechnet, durch Anstellung der Klage geltend gemacht werden könne[28]).

Was die Geschichte des Constituts anbetrifft, so läßt sich nur so viel mit Gewißheit sagen, daß es aus dem prätorischen Edicte stammt[29]), wie alle prätorischen Obligationen, im älteren eine nur auf den Zeitraum eines

18) L. 8. D. 13. 5.
19) L. 5. §. 7, 9 u. 10. D. 13. 5.
20) L. 5. §. 6. D. 13. 5.
21) L. 5. §. 10. D. 13. 5. L. 6. D. ibid. L. 7. pr. D. ibid.
22) §. 9. J. de actionibus. (4. 6.)
23) L. 1. pr. D. 13. 5. L. 14. §. 3. D. ibid.
24) L. 14. §. 3. D. 13. 5. L. 5. §. 3. D. ibid.
25) L. 14. pr. D. 13. 5.
26) L. 13. D. 13. 5.
27) L. 1. §. 5. D. 13. 5.
28) L. 21. §. 1. D. 13. 5. L. 2. C. de pecunia constituta. (4. 18.)
29) L. 1. pr. D. 13. 5.

Jahres beschränkte Klage hervorbrachte[30]), und nur vertretbare Sachen (res quae pondere, numero, mensura continentur) zum Gegenstande haben konnte[31]). Auch war es eine Eigenthümlichkeit der aus dieser Obligation entspringenden Klage, daß sie durch eine Wette (sponsio), deren Object die Hälfte der Summe des Constituts betrug, eingeleitet wurde[32]). Gerade diese Wette mußte der Beklagte außer der Hauptsache noch an den Kläger bezahlen, wenn er die Klage grundlos abläugnete und später durch den Beweis des Klägers eines Anderen überführt wurde. Daher ist bei Caius[33]) öfters von einer poena sponsionis die Rede, und es wird diese Wette unter die Nachtheile des muthwilligen Prozessirens gerechnet. Umgekehrt mußte wohl auch der Kläger dem Beklagten durch eine Gegenwette (restipulatio) versprechen, ihm eine bestimmte Geldsumme zu bezahlen, falls es sich durch das Endurtheil herausstellte, daß er die Klage grundlos erhoben[34]). — Zum Verständniß der späteren Geschichte des Constituts ist es von Wichtigkeit, die Eigenthümlichkeiten der recepticia actio im älteren römischen Rechte sich zu vergegenwärtigen (siehe den Artikel actio recepticia). Diese Klage stammte wahrscheinlich aus dem Civilrechte, und war in ihrer Dauer wohl nicht auf ein Jahr beschränkt. Sie beruht auf einer dem prätorischen Constitute sehr ähnlichen Verbindlichkeit, welche von Theophilus[35]) mit demselben Ausdrucke, mit welchem er jenes belegt, bezeichnet wird, sich nur auf die Argentarien beschränkte, jedoch alle Sachen, welche Vermögensstücken sein können, zum Gegenstande haben konnte, und nicht nothwendiger Weise voraussetzte, daß ihm eine wirklich begründete Hauptverbindlichkeit zu Grunde liege[36]). So standen die Sachen, als Kaiser Justinian beabsichtigte, durch Verschmelzung beider Institute ein einziges zu bilden. Zu diesem Zwecke erklärte er[37]), daß die alte recepticia actio, welche schon zu seinen Zeiten durch Nichtgebrauch abgekommen sei, aufgehoben und alles, was sich darüber in den Schriften der alten Rechtsgelehrten vorfinde, ungiltig sein solle. Dagegen soll die actio constitutae pecuniae gegen die Argentarien und jede andere constituirende Person stattfinden, sich nicht auf fungible Sachen beschränken, sondern auch auf alle Sachen, welche Vermögensstücke sein können, beziehen, und nicht anders, als durch den Ablauf von dreißig Jahren verjähren. Ueberhaupt soll das Constitut der Stipulation gleichgesetzt werden, doch durch diese Gleichstellung die es auszeichnenden Eigenthümlichkeiten keineswegs verlieren, activ und passiv auf die

---

30) L. 2. pr. u. §. 1. C. 4. 18.

31) Theoph. paraphr. 4. 6. §. 8. ed. Reitz. tom. II. p. 797. L. 2. C. 4. 18.

32) Caius inst. IV. §. 171.

33) Z. B. inst. IV. §. 172.

34) Caius inst. IV. §. 174, 180, 181. Daher poena restipulationis bei Caius l. c. IV. §. 181.

35) Paraphr. inst. IV. 6. §. 8. tom. II. p. 798, braucht die Worte ἀντιφωνεῖν, ἀντιφώνησις.

36) L. 2. pr. C. 4. 18.

37) L. 2. pr. C. 4. 18. Theoph. paraphr. IV. 6. §. 8.

Erben übergehen, aber doch nicht anders als giltig angenommen werden, als wenn demselben eine in der That begründete Hauptverbindlichkeit zu Grunde liegt. Diese Neuerungen sollen indeß nur für die Zukunft gelten, und die bisher von Argentarien und anderen Kaufleuten abgeschlossenen Verträge keineswegs nach der neuen Verordnung beurtheilt werden. Vergleicht man diese Verordnung Justinian's mit dem früher geltenden Rechte, so stellt sich so viel als praktisches Resultat heraus, daß der oben angegebene Begriff des Constituts noch im Justinianischen Rechte fortgilt, daß die daraus entstehende Klage gegen Jedermann, der ein Constitut eingeht, angestellt werden kann, activ und passiv auf die Erben übergeht und nur der dreißigjährigen Verjährung unterworfen ist. Die Eigenthümlichkeiten dieser Klage, die sponsio dimidiae partis und die restipulatio sind indeß in die Justinianischen Rechtsquellen nicht übertragen worden, und können mithin keine praktische Giltigkeit beanspruchen. Von der recepticia actio und ihren Eigenthümlichkeiten ist in dem Justinianischen Rechte nur noch wie von etwas Veraltetem die Rede.

Was die Wirkungen des Constituts anbetrifft, so bleibt, da die daraus entstehende Klage und die von ihr geltenden Grundsätze bereits erörtert worden, hier nur noch der Theil derselben zu erörtern übrig, welcher sich auf die Hauptobligation bezieht. Im Allgemeinen läßt sich soviel mit Gewißheit sagen, daß die alte Obligation nach der Eingehung des Constituts noch fortdauert [38]). Doch war es in den älteren Zeiten streitig, ob dieselbe nicht schon durch die über die actio de pecunia constituta eingegangene litis contestatio aufgehoben [39]), oder ob dieß erst durch die Ausantwortung des geschuldeten Gegenstandes an den Gläubiger herbeigeführt werde. In den Justinianischen Rechtsquellen ist die zuletzt erwähnte Ansicht angenommen worden.

Ein allgemeines, schon in den Worten des prätorischen Edictes begründetes [40]) Erforderniß zur actio de constituta pecunia ist das, daß der Gläubiger nicht Schuld daran sei, daß der Schuldner dem Gläubiger am Tage des Constituts keine Genüge geleistet hat. Denn die mora accipiendi galt in dieser Beziehung der wahren Befriedigung von Seiten des Constituenten gleich. Gegen die bereits von Seiten des Schuldners eingetretene mora solvendi kam die spätere mora accipiendi nach den Worten des prätorischen Edictes eigentlich nicht weiter in Betracht, doch haben die römischen Juristen diese Worte so ausgelegt, daß die mora des Gläubigers ihm von dem Zahltage des Constituts an bis zur Litiscontestation schadet [41]), wenn der Beklagte binnen dieses Zeitraumes die Zahlung dem Gläubiger angeboten hat, und die Annahme derselben aus nicht triftigen Gründen verweigert worden ist [42]). Deshalb gestattete man im vorliegenden

38) L. 18. §. 3. D. 13. 5. L. 28. D. ibid. L. 15. D. de in rem verso. (15. 3.)
39) L. 18. §. 3. D. 13. 5.
40) L. 18. pr. D. 13. 5., vgl. mit L. 16. §. 2. D. ibid.
41) L. 17. D. 13. 5. L. 18. pr. D. ibid.
42) L. 16. §. 4. L. 17. D. 13. 5. Vgl. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 13, S. 419.

Falle dem Schuldner gewöhnlich eine Einrede, welche die Abweisung der Klage zur Folge hatte. War der Gegenstand des Constituts in der Zwischenzeit durch Zufall zu Grunde gegangen, so gestattete man zwar die Klage aus dem Constitut, ertheilte aber auch dem Beklagten dagegen eine Einrede [43]).

Man theilte das constitutum debiti in proprium (debiti proprii) und alienum (alieni debiti). Ein proprium liegt überall vor, wo der Constituent zugleich Schuldner der Hauptobligation ist, über welche das Constitut eingegangen wird. Wo dieß nicht der Fall ist, liegt ein constitutum alienum vor. Beide Kunstausdrücke sind den römischen Rechtsquellen fremd, doch ist das Sachverhältniß in denselben gegründet [44]). Das constitutum debiti proprii enthält ein Anerkenntniß einer früheren Verbindlichkeit und kann dem Gläubiger verschiedene Vortheile gewähren, z. B. wenn die Hauptverbindlichkeit von dem Eintritt eines bestimmten Zahltages abhängig, oder überhaupt nur eine natürliche Verbindlichkeit ist. Denn im ersten Falle kann die Zahlung auch vor dem Eintritte des Zahlungstermines constituirt werden, und im zweiten wirkt das Constitut aus einer unklagbaren eine klagbare Verbindlichkeit. Auch durch die Veränderung des Objectes beider Obligationen und durch Hinzufügung eines bestimmten Zahlungsortes kann vielfach dem Gläubiger genutzt werden. Vom pactum geminatum unterscheidet es sich dadurch, daß es ein Anerkenntniß einer früheren Schuld enthält [45]); von der bloßen Genehmigung dadurch, daß diese einseitig, das Constitut aber zweiseitig ist, und daß jene auch bei solchen Geschäften wirksam sein kann, die an sich unverbindlich waren, während das Constitut immer eine schon vorhandene und in irgend einer Beziehung wirksame Verbindlichkeit voraussetzt. — Das constitutum alienum [46]), welches auch gegen Wissen und Willen des Hauptgläubigers eingegangen werden kann [47]), enthält eine Art cumulativer Intercession [48]), daher auch die ἀντιφωνηταί, d. h. die pecuniae constitutae rei häufig mit den Mandatoren und Fideiussoren in der Novellengesetzgebung zusammengestellt werden. Das Verhältniß zwischen dem Hauptschuldner und dem Constituenten ist dem der Bürgen zum Hauptschuldner nicht unähnlich, da in beiden Verhältnissen die Hauptverbindlichkeit neben der accessorischen fortbesteht, und die letztere mit der ersteren steht und fällt. Die Aehnlichkeit beider Institute hat auch Veranlassung dazu gegeben, daß Rechtswohlthaten, welche bei dem einen stattfinden, auch auf das andere übertragen worden sind. Zunächst gilt dieß von dem sogenannten beneficium divisionis (s. d. Art.), welches zunächst

43) L. 16. §. 3. D. 13. 5.

44) Vgl. L. 1. §. 1. D. 13. 5. L. 27. D. ibid.

45) Vgl. Weber, systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 125.

46) Vgl. Koch, de constituto debiti alieni. Kil. 1777. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 13, S. 398—424. Neustetel und Zimmern, römisch-rechtliche Untersuchungen für Wissenschaft und Ausübung. Nr. X. Von der Intercession durch Mandat und Constitutum, S. 255—281.

47) L. 27. D. 13. 5.

48) L. 1. §. 1. D. 13. 5. L. 3. C. 4. 18. Nov. 4. cap. 1. Nov. 136. praef. u. cap. 1.

nur auf confideiussores berechnet war [49]), und ſpäterhin durch eine Conſtitution Kaiſer Juſtinian's ausdrücklich auf duo rei pecuniae constitutae bezogen worden iſt [50]). Auch das durch Juſtinian's Novelle 4 eingeführte beneficium excussionis (ſ. d. Art.) iſt ausdrücklich auf die pecuniae constitutae rei ausgedehnt worden. Denn, wenn ſchon die Vulgata, welche im Forum beſonderes Anſehen genießt, hier die sponsores anſtatt der Conſtituenten erwähnt, ſo iſt doch ἀντιφωνητής, welches der griechiſche Novellentext in dieſer Beziehung braucht, offenbar nur von den constitutae pecuniae rei zu verſtehen, wie theils die Zeugniſſe anderer Juſtinianiſcher Novellen erweiſen [51]), theils aus dem Sprachgebrauche der griechiſchen Rechtsgelehrten, wie des Theophilus und der in den Baſiliken erwähnten Pandekten- und Codexerklärer deutlich hervorgeht. Von der Uebertragung des beneficium cedendarum actionum auf den Conſtituenten findet ſich in den römiſchen Rechtsquellen keine Spur vor. — Gleichwohl unterſcheidet ſich das Conſtitut von der Bürgſchaft nicht allein durch die Form, ſondern auch durch den Zweck und die Wirkung. Durch den Zweck, weil nämlich die Intercеſſion durch das Conſtitut nicht allein, wie die Bürgſchaft [52]), die größere Sicherheit des Hauptgläubigers bezweckt, ſondern auch dazu beſtimmt iſt, um Schulden, welche erſt mit dem Eintritte eines ihnen hinzugefügten Zahltages zahlbar werden, zu repräſentiren [53]). Durch die Wirkung, weil die Bürgſchaft nur inſofern giltig iſt, als das Object der Haupt- und Nebenverbindlichkeit identiſch iſt [54]), und der Bürge nicht unter härteren Bedingungen angenommen wird, als der Hauptſchuldner [55]), während der Conſtituent nicht allein vertragsweiſe aliud pro alio conſtituiren kann, und ſelbſt, wenn er mehr als der Gegenſtand der Hauptobligation beträgt, conſtituirt hat, wenigſtens inſoweit haftet, als dieſer Gegenſtand das Object des Conſtituts deckt.

Was den praktiſchen Gebrauch des Conſtituts im heutigen Rechte anbetrifft, ſo läßt ſich derſelbe wohl nicht füglich in Abrede ſtellen. Denn was zunächſt das constitutum proprium angeht, ſo zeigt es auch, nachdem die gewöhnlichen Verträge, welche nicht in die Form der Contracte gegoſſen worden ſind, klagbar geworden, noch immer darin ſeinen Nutzen, daß dadurch ein nicht abſolut ungiltiges, ſondern nur in Anſehung ſeiner Wirkungen eingeſchränktes Geſchäft vollgiltig und wirkſam werden kann, wenn es unter ſolchen Umſtänden geſchieht, unter denen ſich der Conſtituent vollgiltig verpflichten kann, und daß es ein Anerkenntniß einer früheren

---

49) L. 5. pr. D. de fideiussoribus. (46. 1.) L. 27. §. 4. D. ibid. L. 43. D. ibid. L. 48. §. 1. L. 51. §. 2. Vergl. Zimmern a. a. O. S. 267.

50) L. 3. C. 4. 18.

51) Nov. 115. c. 6. Nov. 136. pr. u. c. 1. Vergl. Glück a. a. O. Th. 13, S. 405—410, und Zimmern a. a. O. S. 276.

52) Pr. J. de fideiussoribus. (3. 21.) L. 1. §. 8. D. de obligat. et act. (44. 7.)

53) L. 3. §. 2. D. 13. 5.

54) L. 42. D. 46. 1.

55) L. 8. §. 7. D. 46. 1. L. 16. §. 1. D. ibid. Vgl. §. 5. J. 3. 21.

Schuld enthält, wodurch in einigen Fällen die exceptio SC. Macedoniani, in anderen die exceptio non numeratae pecuniae ausgeschlossen wird. Was zweitens das constitutum alienum anbetrifft, so ist freilich die Anwendbarkeit desselben bestritten. Nach der gewöhnlichen Meinung soll Bürgschaft und Constitut auch jetzt noch nebeneinander gelten, die erstere blos Sicherheit des Gläubigers, das letztere auch Anderes bezweckend [56]). Andere behaupten, daß die Fideiussion heutzutage ganz ins Constitutum übertragen worden sei, und daß mithin die strengeren Rechtssätze der ersteren durch den milderen Charakter der letzteren ersetzt würden [57]). In der That ist es jetzt bei dem Wegfall der Stipulation und der Klagbarkeit eines jeden Vertrages sehr schwierig, im concreten Falle zu bestimmen, ob überhaupt die Worte: ich verbürge mich für Titius, oder: ich vertrete seine Schuld, einen Unterschied in der Interceſſionsform begründen, und man möchte daher der letzteren Ansicht zu Folge, das praktische Verhältniß beider Institute vielleicht eher so bestimmen, daß jetzt die ganze fideiussio, d. h. jeder in Folge ihrer Eigenthümlichkeiten vom Constitut abweichende Einfluß gänzlich aufhören müsse. Heimbach.

**Contractus chirographarius** [1]). Chirographum im weiteren Sinne heißt die Handschrift irgend einer Person [2]); in der engeren, schon zu den Zeiten der classischen Juristen [3]) gewöhnlich gewordenen Bedeutung bezeichnet es ein schriftliches Bekenntniß einer Person, daß sie einer anderen etwas schuldig sei, und in diesem Sinne erscheint es synonym mit cautio, manus, instrumentum. Am häufigsten kam das Chirographum beim Darlehen vor, doch steht nicht zu bezweifeln, daß auch andere Obligationsgründe, z. B. das Depositum [4]), zur Ausstellung eines Schuldscheines benutzt wurden. Schon zu Cajus [5]) Zeiten war die Idee allgemein, daß aus einem solchen Schuldscheine für den Aussteller eine Verbindlichkeit entstehe, und dieser Jurist nahm die Analogie der litterarum obligatio zu Hilfe, um diese Eigenthümlichkeit zu erklären, und diese Er-

---

52) So Koch l. c. und Glück, Erläuterung der Pandekten, Bd. 13, S. 425.

57) So Hofacker, principia iuris civilis Rom. germ. tom. III. §. 2068, und Zimmern a. a. O. S. 281.

1) Literatur: Maurer, juristische Abhandlungen (Leipzig 1780), S. 27 flg. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 12, S. 99—177. Unterholzner, über die exceptio non numeratae pecuniae, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 7, S. 1—59. Endemann, de chirographo et exceptione non numeratae pecuniae. Marb. 1832.

2) Z. B. in L. 30. D. qui testam. fac. poss. (28. 1.) Vergl. Dirksen, Manuale Latinitatis fontium, p. 135.

3) Caius inst. III. §. 134. Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, si quis debere se aut daturum se scribat. Vgl. L. 44. §. 5. D. de legatis I. (30) L. 59. D. de legatis III. (32.) L. 31. §. 4. D. de liberatione legata. (34. 3.) L. 10. pr. D. de his, quae ut indignis. (34. 9.) Auch die kaiserlichen Constitutionen haben diese Bedeutung anerkannt. Vgl. L. 5. C. de non numerata pecunia. (4. 30.)

4) L. 5. C. 4. 30. L. 11. u. 14. §. 1. C. ibid.

5) Caius inst. III. §. 134.

klärung nun liefert uns den Beweis für die Behauptung, daß solche Schuldscheine von den Römern nicht blos als Beweisinstrumente [6]) angesehen wurden, sondern daß ihr Dasein an sich schon zur Erzeugung einer Verbindlichkeit hinreichte. — Was die Form anbetrifft, in welcher solche Chirographa in der Regel ausgefertigt wurden, so war die der Stipulation zweifelsohne die gewöhnlichste[7]), doch war das Hinzutreten derselben kein nothwendiges Erforderniß zur Giltigkeit des Chirographum, da auch dem nicht in dieser Form ausgestellten Schuldscheine voller Glaube geschenkt wurde. — Die aus dem Chirographum entstehende Klage ist die condictio si certum petetur [8]). Darauf deutet nicht allein die Annahme eines Litteralcontractes für den vorliegenden Fall (denn aus diesem Contracte entstand zweifelsohne die Condiction [9])), sondern auch die Erwähnung der quasi credita pecunia neben dem Chirographum in L. 5. C. de non num. pec. (4. 30.). Bei der Production solcher Urkunden im Gericht galt es natürlich als Regel, daß man bei dem Bekenntnisse des Beklagten stehen bleiben müsse [10]). Ausnahmsweise legte man in der condictio indebiti bei den sogenannten instrumenta indiscreta, d. h. solchen Schuldscheinen, welche keine bestimmte causa debendi enthalten, dem Beklagten, d. h. dem Inhaber des Documentes den Beweis der causa debendi auf [11]), und selbst dann, wenn eine giltige causa debendi im Instrumente angegeben worden, erlaubte man dem Kläger, wenn er mit der genannten Klage das indebite ausgestellte Chirographum zurückfordert, den Beweis zu führen, daß die angegebene causa in der That nicht vorhanden gewesen sei, freilich mit der Beschränkung, daß er sich in diesem Falle nur der Urkunden als Beweismittel bediene [12]), und Kaiser Justinian dehnte die zuletzt genannte Ausnahme unter der gleichen Beschränkung auf alle Klagen aus Schuldscheinen aus, welche eine vergangene causa debendi enthalten [13]).

Mit der Lehre von den Chirographa hängt die Lehre von der exceptio und querela non numeratae pecuniae zusammen. Zunächst kam es wohl bei den syngraphae, welche sich von den übrigen Chirographa dadurch unterschieden, daß sie von beiden Theilen, dem Gläubiger und dem Schuldner, besiegelt und aufbewahrt wurden, häufig vor, daß die in der Urkunde bescheinigte Zahlung nicht immer, oder wenigstens nicht in der Maße, wie sie bescheinigt worden, erfolgte [14]), da es nur von dem Vertrage der Parteien abhing, die Fassung der Urkunde in der einen oder anderen Weise zu bewirken. Auch bei den anderen Chirographa kam in der Kai-

6) Caius inst. III. §. 131.
7) L. 11. C. 4. 30., vergl. mit Caius inst. III. §. 134 u. L. 40. D. 12. 1. Daß dieß indeß nicht bei allen Chirographa standfand, bezeugt Theoph. paraphr. inst. III. 21., ed. Reitz. tom. II. p. 670.
8) Theod. Cod. 2. 27. Si certum petatur de chirographis.
9) Iust. inst. III. 22.
10) L. 25. §. 4. D. de probationibus. (22. 3.)
11) L. 25. §. 4. D. 22. 3. Cap. 14. X. de fide instrum. (2. 22.)
12) L. 25. §. 4. D. 22. 3. Cap. 14. X. 2. 22. Vergl. Unterholzner a. a. O. Th. 7, S. 1—5.
13) L. 13. C. 4. 30. Vgl. Unterholzner a. a. O. Th. 7, S. 1—3.
14) Asconius ad Cicer. in Verrem II. 1. 36. p. 184. ed. Orelli.

ferzeit der Gebrauch auf, daß der Schuldschein in der Hoffnung Geld zu erhalten ausgestellt wurde, ohne daß nachher immer die wirkliche Zahlung erfolgte[15]). Daher kam es, daß die Kaiser schon zeitig daran dachten, diesem Mangel durch die Gesetzgebung abzuhelfen [16]). Es kam ihnen hierbei der Umstand zu statten, daß man sich schon in den Zeiten der classischen Juristen daran gewöhnt hatte, in allen Fällen, wo Stipulationen zur Numeration hinzutraten, die letztere als eine Art von Suspensivbedingung der ersteren anzusehen [17]), und daß man in Folge dieser Ansicht, falls der Gläubiger die ihm aus einer solchen Stipulation zustehende Klage anstellte, dem Beklagten die exceptio doli gewährte, wodurch er die Zahlung ableugnet und den Kläger zwingt, den Beweis der Zahlung zu übernehmen[18]). Da nun schon zeitig bei der Abfassung solcher Stipulationen Urkunden nothwendig geworden waren, und auch die Chirographa meistens unter Beobachtung der Stipulationsform abgefaßt wurden, so war es leicht, die von der Stipulation, wenn sie mit der Numeration verbunden ist, geltenden Grundsätze auf das Chirographum zu übertragen [19]). So erblickte man nach und nach in den bloßen Chirographa nicht mehr eine reine litterarum obligatio, sondern man gestattete nach Anleitung kaiserlicher Constitutionen dem, welcher aus seiner Handschrift auf Bezahlung der Schuld belangt wurde, die Einrede des nicht gezahlten Geldes (exceptio non numeratae pecuniae)[20]), wodurch dem Kläger der Beweis der geschehenen Zahlung aufgebürdet werden sollte. Diese Einrede war ursprünglich eine exceptio in factum concepta und wurde im Falle der mit der numeratio verbundenen Stipulation zur Zeit der classischen Juristen dann als Aushilfsmittel gebraucht, wenn die doli mali exceptio deshalb nicht stattfinden konnte, weil der Beklagte zu den Personen gehörte, welchen der Kläger Achtung und Ehrfurcht zu erweisen hatte, z. B. Eltern und Patrone [21]). Fragt man, gegen welche Chirographa die Einrede der nicht erfolgten Zahlung zulässig ist, so herrscht unter den neueren Juristen großer Streit darüber, ob sie auf das schriftliche Zugeständniß über den Empfang eines Darlehns [22]), oder auf die Real-

---

15) L. 3. 5. u. 13. C. 4. 30.

16) Cod. Hermog. de cauta et non numerata pecunia, const. 1. ed. Haen. p. 66. Theoph. paraphr. inst. III. 21., ed. Reitz. tom. II. p. 672.

17) L. 6. §. 1. D. de novationibus et delegationibus. (46. 2.) L. 7. D. ibid. L. 30. D. de rebus creditis. (12. 1.) Vgl. Conradi, de condictione Iuventiana p. 85.

18) Caius inst. IV. §. 116. L. 2. §. 3. D. de doli mali except. (44. 4.) L. 3. C. 4. 30.

19) Was bei Cajus und den Pandektenjuristen doli exceptio heißt, wird in den Justinianischen Institutionen IV. 13. §. 2. (de exceptionibus) geradezu non numeratae pecuniae exceptio genannt. Daraus erklärt sich L. 3. C. 4. 30: Exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae.

20) So Theoph. l. c. III. 21., ed. Reitz. tom. II. p. 670. L. 5. C. 4. 30. L. 14. C. ibid.

21) L. 4. §. 16. D. 44. 4.

22) So Donellus, commentarius in Codicem Iustiniani ad c. 3. 5. 13. u. 14. C. de non numerata pecunia. Glück a. a. O. Th. 12, S. 174—

contracte mit Ausnahme des Depositums zu beschränken [23]) sei, oder ob sie allen Chirographen entgegengestellt werden könne, in welchen der Empfang einer gewissen Sache bescheinigt und dagegen eine gewisse Verbindlichkeit übernommen worden ist [24]). Entscheidend wird in dieser Beziehung eine Verordnung Justinian's [25]), welche von der Voraussetzung ausgeht, daß die exceptio non numeratae pecuniae gegen alle Arten von Urkunden, und zwar sowohl gegen Schuldverschreibungen als auch gegen Quittungen zulässig sei, und es kann gegen ein so deutliches Zeugniß unmöglich in Betracht kommen, wenn in einem Rescripte des Justinianischen Codex [26]) die Wirksamkeit der Exception auf den Fall der credita pecunia ausdrücklich bezogen und in den Justinianischen Institutionen und von dem alten griechischen Erklärer derselben, Theophilus, mit dem Darlehen in Verbindung gesetzt wird [27]). Auch beschränkt sich die Anwendbarkeit der Einrede nicht allein auf den Fall, wenn die in der Schuldverschreibung vorausgesetzte Zahlung gar nicht erfolgt ist, sondern sie erstreckt sich im Justinianischen Rechte auch auf den, wenn nur ein Theil, nicht das Ganze dem Schuldner ausgehändigt worden [28]). Endlich kommt es bei der Vorschützung der Einrede gegen Schuldurkunden nicht weiter in Betracht, ob in derselben die Zahlung einer Geldsumme, oder die Aushändigung anderer Sachen bescheinigt worden [29]). Freilich ist es ein allgemeines Erforderniß zur Vorschützung des Rechtsmittels, daß die Ausstellung des Schuldscheins in der Hoffnung auf gegenwärtige oder zukünftige Zahlung erfolgt sei. Daher kommt die Einrede in Wegfall, wenn die bescheinigte Numeration in der Urkunde selbst in eine bestimmt vergangene Zeit gesetzt wird, gleichviel, ob diese mehr oder weniger vom Datum der Urkunde entfernt ist [30]). — Fragt man, wie man sich die genannte Einrede zu denken habe, so stellt sie sich nach der richtigeren Meinung als eine Einrede gegen die Urkunde heraus [31]), nicht aber als eine Ausflucht gegen das durch die Urkunde zu erweisende Recht. In Betreff dessen erscheint sie vielmehr als ein wahres Ab-

---

177. Maier, de vera exceptionis non numeratae pecuniae indole (Wirceb. 1817), §. 17.

23) Vgl. Cuiacii, recitat. in lib. I—IX. Codicis ad tit. C. de non numerata pecunia.

24) So Meurer und Unterholzner a. a. O. Th. 7, S. 19—30.

25) L. 14. C. 4. 30.

26) L. 5. C. 4. 30.

27) Iust. inst. III. 21. ibique Theoph. Vgl. Unterholzner a. a. O. Th. 7, S. 28 flg.

28) L. 3. u. 9. C. 4. 30. Vgl. Unterholzner a. a. O. Th. 7, S. 31. Entscheidend erscheint hier auch die Analogie der non numerata dos, welche bekanntlich vor Justinian nach den Grundsätzen der exceptio non numeratae pecuniae behandelt wurde. Vgl. Nov. 100. cap. 1. pro.

29) L. 14. pr. u. §. 2. C. 4. 30.

30) So Meurer a. a. O. §. 25—38, S. 47, und Unterholzner a. a. O. Th. 7, S. 8—19. Anderer Meinung ist freilich Hansen, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 4, S. 60—64, wegen L. 5. u. 13. C. 4. 30. Vgl. dagegen Unterholzner a. a. O. Th. 7, S. 13 flg.

31) L. 26. §. 2. D. depositi vel contra. (16. 3.) Vgl. Unterholzner a. a. O. Th. 7, S. 6—9.

leugnen, was man in der Sprache der neueren Rechtslehrer mit dem Namen litis contestatio negativa bezeichnet. Aus dieser Ansicht erklärt sich ganz einfach, wie man in den Kaiserzeiten dazu kam, der Einrede des nicht gezahlten Geldes ausdrücklich den Namen exceptio beizulegen [32]), und daß sie auch in die formula aufgenommen wurde, zeigt theils die Analogie des Verhältnisses der alten, bei der Stipulation vorkommenden exceptio non numeratae pecuniae zur doli exceptio, theils der Umstand, daß zur Zeit, wo die formulae noch in der alten Weise concipirt wurden, von unserer Einrede die nämlichen Ausdrücke gebraucht werden [33]), wie von den anderen Exceptionen, von denen es sonst gewiß ist, daß sie der formula eingefügt wurden [34]). Mit dem Gesagten stimmt es vollkommen überein, was uns über den Grund der exceptio non numeratae pecuniae in den römischen Rechtsquellen berichtet wird. Daß wir diesen in der Natur der Sache zu suchen haben, bezeugt das naturalis ratio in einer Coderstelle [35]). Wahrscheinlich waren es zwei verschiedene Rücksichten, welche durch ihr Zusammenwirken die Einführung der Exception veranlaßt haben; einerseits die nicht seltene Erscheinung, daß bei Rechtsgeschäften, welche in Beziehung auf eine Geldsumme oder auf eine andere Sache, deren Ablieferung erwartet wird, abgeschlossen werden, die Urkunde schon vor der wirklichen Ablieferung und zwar in der Art ausgefertigt wird, daß in derselben der mit Gewißheit vorausgesetzte Empfang als wirklich erfolgt angeführt wird, wo es denn gewöhnlich auch der Fall ist, daß eine solche Urkunde in den Händen dessen bleibt, welcher die sofort erwartete Ablieferung der Abrede zuwider hinausschiebt [36]), da ja doch nicht immer die ängstliche Vorsicht anwendbar ist, welche mit der einen Hand das Geld einstreicht, während sie mit der anderen den Empfangschein hingibt; andererseits die so große Schwierigkeit, welche der vom Aussteller der Urkunde über den Nichtempfang zu führende Beweis für diesen nothwendiger Weise haben müßte, während der Inhaber der Urkunde bei dem ihm auferlegten Beweise besonders auch deshalb in besserer Lage ist, weil er oft auf indirectem Wege die wirklich geschehene Zahlung darthun kann. — Was die Wirkung der vorgeschützten Einrede anbetrifft, so wird in den römischen Rechtsquellen nur soviel angedeutet, daß der Kläger durch den Gebrauch derselben von Seiten des Beklagten gezwungen wird, den Beweis der Zahlung auf andere Weise, als durch den producirten Schuldschein zu führen [37]), wobei ihm natürlich die Wahl der Beweismittel überlassen bleibt. Auch geht dieß mit Gewißheit aus der Analogie der gegen Stipulationen, welche mit der Numeration verbunden sind,

---

32) L. 3. 5. 7. 8. 10. 13. u. 14. C. 4. 30.

33) Exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae. L. 3. C. 4. 30. (von Caracalla.) Exceptione non numeratae pecuniae to esse munitum. L. 6. C. ibid. (von Alexander Severus.) Vgl. L. 8. u. 11. C. 4. 30.

34) Caius inst. IV. §. 119 u. 126. Vgl. Albrecht, die Exceptionen des gemeinen teutschen Civilprozesses, S. 22 flg.

35) L. 10. C. 4. 30. Vgl. Unterholzner a. a. O. S. 7 flg.

36) L. 7. C. 4. 30.

37) L. 3. u. 10. C. 4. 30. Pr. J. 3. 21. Theoph. paraphr. inst. III. 21. p. 670—672.

dem Beklagten zustehenden doli oder non numeratae pecuniae exceptio hervor, da auch durch die Vorschützung dieser Einrede der Beweis der Zahlung dem Kläger aufgebürdet wird, und man sich das durch die Stipulation entstehende Rechtsverhältniß so dachte, daß die Zahlung als Suspensivbedingung der Stipulation angesehen wurde [38]). Endlich bestätigt sich die angegebene Wirkung der Exception durch die Vergleichung der querela non numeratae dotis, welche ursprünglich auch eine exceptio non numeratae pecuniae ist, und, wenn sie vom Manne oder dessen Erben vorgeschützt wird, dem Gegner die Nothwendigkeit auferlegt, die Illation des Heurathsgutes zu bescheinigen [39]). Die weiteren Schicksale des Prozesses, in welchem die Einrede der Nichtzahlung vorgeschützt worden, hängen mit den allgemeinen Prozeßregeln zusammen. Kann also der Kläger den ihm auferlegten Beweis der Zahlung nicht führen, so muß der Beklagte freigesprochen werden. Manche neueren Rechtsgelehrten, welche die bisher erörterte exceptio non numeratae pecuniae mit dem Zusatze privilegiata bezeichnen und derselben die non privilegiata entgegenstellen, behaupten, daß der zuletzt genannten Einrede die oben erörterte Wirkung abgehe und daß dieselbe nur insofern von Nutzen sei, als der, welcher die Einrede vorschützt, seinerseits nachzuweisen im Stande ist, daß seine Behauptung, das Geld nicht empfangen zu haben, gegründet sei. Allein diese Ansicht ist dem römischen Sprachgebrauche nicht angemessen, da die exceptio n. n. p. daselbst schon ihrem Begriffe nach als eine rein ableugnende, mit keiner Beweiskraft verbundene, Einwendung erscheint [40]). — Fragt man, wem die Einrede zu statten komme, so erscheint sie keineswegs als eine blos persönliche Begünstigung des Ausstellers der Urkunde, sondern sie steht auch den Erben desselben zu [41]). Eine Meinung, welche sich auch durch die Analogie der exceptio non numeratae dotis vollkommen bestätigt [42]). Auch die, welche accessorisch verpflichtet sind, wie die Mandatoren und Fideiussoren können von ihr Gebrauch machen [43]). Auf gleiche Weise kann sie dann mit Erfolg benutzt werden, wenn eine Verpfändung hinzugekommen ist, und der Inhaber der Urkunde Rechte aus dieser Verpfändung herleiten will [44]), da man ja einer Schuldverschreibung deshalb keine größere Beweiskraft beilegen kann, weil sie zugleich eine Verpfändung enthält. Auch den Gläubigern dessen, dem die Einrede zusteht, kommt sie zu statten, ohne Unterschied, ob sie Sachen ihres Schuldners besitzen und deshalb verklagt werden, oder ob sie selbst kla-

---

38) Caius inst. IV. §. 116, vergl. mit L. 2. §. 4. D. 44. 4. L. 7. D. 46. 2.

39) Nov. 100. pro. cap. 1. pr.

40) Vgl. Meurer a. a. O. §. 45, S. 63, und Unterholzner a. a. O. Th. 7, S. 6.

41) L. 8. C. 4. 30.

42) L. 3. C. de dote cauta, non numerata. (5. 15.) Nov. 100. c. 1.

43) L. 12. C. 4. 30. Bei der privativen Intercession fällt die Einrede begreiflicher Weise hinweg. L. 6. C. 4. 30.

44) L. 1. C. 4. 30. L. 1. C. si pignoris conventionem numeratio pecuniae secuta non sit. (8. 33.) Ueber diese Gesetzstelle vergleiche die Bemerkungen bei Unterholzner a. a. O. Th. 7, S. 34, Note 26.

gend auftreten, und ohne Rücksicht darauf, ob der Hauptschuldner, aus dessen Person sie das Exceptionsrecht herleiten, dieselbe in der That gebraucht hat oder nicht, wobei es sich freilich von selbst versteht, daß weder dieser noch sein Bürge durch die Vorschützung der Einrede von Seiten der Gläubiger in Schaden gebracht werden darf [45]). — Von den hier erörterten Grundsätzen treten in folgenden Fällen Ausnahmen ein, in welchen die Einrede der nicht geschehenen Zahlung gegen Urkunden, aus besonderen Gründen in Wegfall kommt. Diese Ausnahmen treten ein: 1) wegen der besonderen Beschaffenheit der Urkunden, gegen welche die Einrede des nicht gezahlten Geldes gebraucht werden soll. Dieß ist der Fall bei den securitates publicarum functionum [46]), worunter man nicht blos solche Quittungen zu verstehen hat, welche einem öffentlichen Amte über eine bei ihm erhobene Zahlung oder sonst empfangene Leistung gegeben werden, sondern auch die, welche ein öffentliches Amt über den Empfang einer Geldzahlung oder Lieferung ausstellt, und bei allen Depositenscheinen, welche den Empfang einer bestimmten Geldsumme oder anderer bestimmten species enthalten [47]). Eine Ausnahme, von welcher der Grund wohl in der Unwahrscheinlichkeit der Annahme liegt, daß der Depositar sich mit der Ausstellung des Depositenscheines übereilen werde, da er rechtlich ja gar kein Interesse daran hat, das Depositum in seine Hände zu bekommen. Das in der Urkunde enthaltene eidliche Versprechen, das Darlehen wieder zu bezahlen, schließt die Einrede des nicht empfangenen Geldes keineswegs aus, weil es die Bedingung enthält, wenn der Aussteller das Geld auf die Handschrift erhalten wird [48]). 2) Wegen Anerkenntniß der Schuld von Seiten dessen, welcher die Schuldverschreibung ausgestellt hat. Dieß findet nicht allein dann statt, wenn der Empfang des Heurathsgutes vom Ehemanne oder dessen Vater in einer besonderen, erst nach Abfassung der Dotalpacten ausgestellten Empfangsbescheinigung quittirt worden ist [49]), sondern auch dann, wenn das Anerkenntniß vor Zeugen, im Testamente oder auch stillschweigend durch Abschlagszahlung auf das Capital oder Zinszahlung geschehen ist [50]). 3) Wegen eines Privilegiums, welches dem, welchem der Schuldschein ausgestellt wird, zu statten kommt. In dieser Rücksicht sind nur die Argentarien vom Kaiser Justinian privilegirt [51]), und es ist in Betreff der zu ihren Gunsten ausgestellten Schuldscheine kein Unterschied, ob dieselben von Leuten, welche öffentlichen Glauben genießen, wie Tabellionen, angefertigt, oder ob sie vom Schuldner selbst ganz und gar geschrieben oder nur unterschrieben worden sind. 4) Wegen Entsagung der Einrede. Daß

45) L. 15. C. 4. 30.
46) L. 14. §. 2. C. 4. 30. Vgl. Unterholzner a. a. O. Th. 7, S. 34 flg.
47) L. 14. §. 1. C. ibid.
48) L. 16. C. 4. 30.
49) L. 14. §. 1. C. 4. 30., vergl. mit L. 8. C. de dote cauta, non numerata. (5. 15.)
50) L. 4. C. 4. 30.
51) Nov. 136. cap. 5.

eine Entsagung in diesem Falle zulässig ist, läßt sich schon nach den allgemeinen Regeln des römischen Rechtes über den Gebrauch von Exceptionen[52]) nicht bezweifeln. Nur über die Erfordernisse einer solchen Entsagung sind die heutigen Rechtsgelehrten verschiedener Ansicht. Man betrachtet nach der richtigeren Meinung eine Entsagung, welche in einer besonderen Urkunde geschehen, und eine solche, welche eidlich bestärkt worden ist, als giltig, da im ersten Falle dieselben Gründe eintreten, wie bei der nachmaligen Bescheinigung, und im zweiten Falle die Bestimmung des canonischen Rechtes entscheidend erscheint, daß alle Eide, welche gehalten werden können, verpflichtende Kraft haben[53]), wenn schon andere Rechtsgelehrte, falls die eidliche Entsagung in der Schuldurkunde selbst enthalten ist, einen Unterschied zwischen der Entsagung durch promissorischen und assertorischen Eid machen[54]) und im letzteren Falle annehmen, daß die Einrede des nicht gezahlten Geldes weder durch das römische noch durch das canonische Recht ausgeschlossen werde, während sie im zuerst genannten Falle glauben, daß die Einrede in der That nicht weiter vorgeschützt werden könne, wofern der Beklagte nicht einen wahrscheinlichen Irrthum anzuführen und zu erweisen vermag. Andere in der Schuldverschreibung oder in der Quittung enthaltene Entsagungen werden allgemein für wirkungslos erklärt, weil man annehmen muß, daß die Entsagung jener Einrede ebenso, wie die Ausstellung des Schuldscheines nur in der Hoffnung, das Geld zu erhalten, geschehen sei, zumal da solche Entsagungsclauseln leicht stehende Artikel in den Formeln der Schuldurkunden und Quittungen werden. 5) Wegen Ablauf der Verjährungsfrist, welche für die Vorschützung der Einrede des nicht gezahlten Geldes durch das Gesetz festgestellt worden ist. Denn obgleich in der Regel Einreden unverjährbar sind[55]), weil die Verjährung der Rechtsmittel nur als eine Strafe für die Nachlässigkeit derer erscheint, welche dieselbe hätten brauchen können und doch nicht gebraucht haben, und der, welchem eine Exception zusteht, sie nicht eher brauchen kann, als bis er von seinem Gegner mit der Klage belangt wird, so ist doch für die vorliegende Einrede ausnahmsweise eine Verjährungsfrist festgesetzt worden. In den ältesten Zeiten betrug dieselbe ein Jahr[56]), an dessen Stelle setzten die späteren Kaiser einen Zeitraum von fünf Jahren[57]), und Kaiser Justinian führte anstatt der fünfjährigen eine zweijährige Verjährungsfrist ein[58]) und verfügte zugleich, daß gegen Quittungen die gedachte Einrede nur innerhalb

---

52) L. 51. C. de episcopis et clericis. (1. 3.) L. 29. C. de pactis. (2. 3.) Nov. 136. c. 1.

53) So Unterholzner a. a. O. Th. 7, S. 48.

54) So Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 12, S. 155—159.

55) L. 5. §. 6. D. de doli mali except. (44. 4.)

56) L. un. C. Herm. de cauta et non numerata pecunia (1.) ed. Haenel. p. 65. Ueber die Verfasser dieser Constitution vergl. außer Hänel's Noten auch Glück, Erläuterung der Pand. Th. 12, S. 101.

57) C. un. C. Hermog. ibid. L. 14. C. Iust. 4. 30. Pr. J. 3. 21. Theoph. paraphr. inst. ad h. l., ed. Reitz. tom. II. p. 672.

58) Siehe die Stellen in der vorigen Note.

30 Tagen, von dem Termine der Ausstellung an gerechnet, zuständig sei[59]). Man hält diese von Justinian eingeführten Fristen für tempora continua, was in Betreff der zweijährigen Frist in L. 14. pr. C. de n. n. p. (4. 30.) ausdrücklich gesagt wird und sich auch durch die Vergleichung des bei der dotis non numeratae exceptio festgesetzten annus continuus hinreichend bestätigt[60]). Fragt man, von welcher Zeit an der genannte Zeitraum berechnet werde, so ist es wohl am natürlichsten in den Stellen, welche kurzweg von der zweijährigen und fünfjährigen Frist ohne specielle Erwähnung des Anfangspunktes sprechen, sich die Ausstellungszeit des Schuldscheines als Anfangspunkt der Verjährungszeit zu denken, und dieß bestätigt sich auch durch die bei Quittungen gewöhnliche dreißigtägige Frist, von welcher in der nämlichen Gesetzesstelle, welche die zweijährige Frist an die Stelle der fünfjährigen setzte, ausdrücklich bezeugt wird, daß sie von dem Datum der Quittung an gerechnet werden solle. Für Verschreibungen, welche den Empfang des Heurathsgutes von Seiten des Ehemannes oder seines Vaters bescheinigen, sind besondere Fristen festgesetzt worden, worüber der Artikel Brautgabe nachzusehen ist. Zu Gunsten der Minderjährigen ist ausnahmsweise festgesetzt worden, daß ihnen der Ablauf der Verjährungsfrist nichts schaden solle; mithin bedürfen sie für diesen Fall nicht einmal der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[61]). Was die Wirkungen der Verjährung anbelangt, so ist es unter den neueren Rechtsgelehrten sehr streitig, ob mit dem Ablauf der gesetzlichen, für die Dauer der Einrede festgesetzten Frist jede Einwendung des nicht empfangenen Geldes ganz und gar wegfällt, oder ob nur der besondere Vortheil verloren geht, daß man lediglich den Empfang zu leugnen braucht, ohne eines weiteren Beweises zu bedürfen. Für die letztere Meinung entscheiden sich Glück[62]) und Unterholzner[63]), und es spricht für dieselbe namentlich das Verbot der Eideszuschiebung in allen den Fällen, wo die exceptio non numeratae pecuniae entweder von Anfang an nicht zulässig war, oder durch den Ablauf der Verjährungsfrist unzulässig geworden ist[64]), in Verbindung mit dem Umstande, daß die Verjährung der Einrede lediglich deshalb eingeführt worden, damit die Inhaber der Schuldverschreibung durch den Ablauf einer längeren Zeit nicht der Mittel, den Beweis der Numeration zu führen, beraubt, und so in die Verlegenheit gesetzt würden, das darlehnsweise wirklich hingegebene Geld aus Mangel an Beweismitteln zu verlieren[65]). Nimmt man diese Meinung als wahr an, so müßte nach heutigem Rechte dem Beklagten auch nach dem Ablaufe der Verjährungsfrist die Einrede des nicht

---

59) L. 14. §. 2. C. 4. 30.
60) L. 3. C. 5. 15.
61) L. 5. C. in quibus caussis in integrum restitutio necessaria non est. (2. 41.)
62) Erläuterung der Pandekten, Th. 12, S. 172.
63) Archiv für civilistische Praxis, Bd. 7, S. 49.
64) L. 14. §. 3. C. 4. 30.
65) Theoph. paraphr. inst. III. 21. ed. Reitz. tom. II. p. 672.

gezahlten Geldes gestattet werden, im Fall er nämlich den Beweis davon zu führen bereit und im Stande ist, was man mit dem Namen exceptio non numeratae pecuniae non privilegiata zu bezeichnen gewohnt ist. Zum Beweise dieser Einrede darf sich derselbe aber nicht des Eidesantrags bedienen, da ihm der Gebrauch desselben in diesem Falle ausdrücklich untersagt ist [66]). Auch steht es der hier angenommenen Meinung keineswegs entgegen, wenn in Betreff der aus dem Chirographum entstehenden Verbindlichkeit in const. 8. C. 4. 30. ganz allgemein bemerkt wird, daß nach dem Verlaufe der Verjährungsfrist der Erbe des Ausstellers des Schuldscheines jedenfalls die verbriefte Schuld bezahlen müsse, oder wenn es in const. 14. C. ibidem ganz allgemein heißt, daß die genannte Einrede nach dem Ablaufe der Verjährungszeit nicht mehr vorgeschützt werden könne. Denn eines Theils erklären sich diese Aeußerungen unserer Rechtsquellen aus dem, was bereits oben über den römischen Sprachgebrauch in Betreff unserer Einrede vorgebracht worden, anderen Theils sind dieselben zu sehr dem eben vorliegenden Falle angepaßt, als daß aus denselben irgend ein haltbarer Schluß auf einen allgemein giltigen Rechtssatz zulässig wäre. Am wenigsten kann die in den Justinianischen Institutionen und bei dem alten Erklärer derselben, Theophilus, sich vorfindende Vergleichung der aus dem Chirographum stammenden Verbindlichkeit mit der im vorjustinianischen Rechte vorkommenden litterarum obligatio dazu dienen, um die gegentheilige Meinung zu unterstützen. Denn an diesen Stellen wird nur eine wissenschaftliche Ansicht aufgestellt, welche sich aus den alten Ideen über den contractus chirographarius einfach erklären läßt [67]). — Als ein allgemeines Rechtsmittel, sich die exceptio non numeratae pecuniae auch über die Dauer der Verjährungsfrist hinaus zu erhalten, erscheint in den römischen Rechtsquellen die querela non numeratae pecuniae, auch querimonia [68]) genannt, worunter man sich eine an den Inhaber der Urkunde abzugebende schriftliche Erklärung, oder, falls dieser abwesend oder eine derartige Erklärung mit besonderen Schwierigkeiten verknüpft ist, eine an das Gericht abzugebende Protestation zu denken hat [69]). Im ersten Falle geschieht die Erklärung an den Gegner in der Form der denunciatio, wozu natürlich Zeugen zugezogen werden, welche die Erklärung dem Gegner überbringen [70]), da es ein Erforderniß der Querel ist, daß diese Erklärung erweislich in die Hände des Gegners gekommen sei. Im zweiten Falle wird die Beschwerde einseitig zu Protokoll gegeben, in der Regel beim gewöhnlichen Richter, im Nothfall auch bei jedem anderen, und für Con-

66) L. 14. §. 3. C. 4. 30. Vergl. Unterholzner a. a. O. Th. 7, S. 49.

67) Vergl. Unterholzner a. a. O. Th. 7, S. 52.

68) L. 8. C. 4. 30. Vergl. Nov. 100. mit Juliani epitome Nov. const. 39. cap. 349. Siehe Marezoll's Bemerkungen, Zweifel und Vermuthungen in Grolman's und Löhr's Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, Th. 4, S. 386—392.

69) L. 14. §. 4. C. 4. 30.

70) L. 14. §. 4. C. 4. 30. Vergl. Marezoll a. a. O. Th. 4, S. 390 u. 402.

ſtantinopel wird quilibet ordinarius iudex, für die Provinzen aber entweder der Statthalter der Provinz oder der Defenſor des Ortes als competent genannt, und falls auch keine von dieſen Perſonen zu haben, oder der Weg der gerichtlichen Proteſtation dem Querulanten aus anderen Gründen beſchwerlich iſt, bleibt es dem letzteren vorbehalten, ſeinen Gegner durch den Biſchof des Ortes von ſeiner Beſchwerde in Kenntniß zu ſetzen [71]). Aus dem Geſagten ergibt ſich zugleich ſoviel als gewiß, daß man ſich die Querel nicht blos als eine gerichtliche Klage, auch nicht als eine bloße Provocation an den Gegner zu denken habe, ſeine auf den ausgeſtellten Schuldſchein etwa zu gründenden Anſprüche auf andere Weiſe, als durch die Production deſſelben zu beweiſen, oder denſelben durch Zurückgabe des Schuldſcheines gänzlich zu entſagen [72]). Der Zweck der Querel iſt lediglich der, ſich die Einrede des nicht gezahlten Geldes auch über die Dauer der Verjährungszeit hinaus zu erhalten [73]), und es iſt nur eine Verwechſelung verſchiedener Begriffe, wenn man ihr auch die Wirkung zuſchreibt, daß der Gegner dadurch gezwungen werden könne, die Handſchrift zurückzugeben [74]). Durch dieſe Bemerkung kommt die Querel mit der Exception in einen gewiſſen Zuſammenhang, welchen ſchon Unterholzner [75]) und Marezoll [76]) errathen haben, und erſt auf dieſe Weiſe wird die Vorſchrift unſerer Rechtsquellen erklärlich, daß die Querel nur innerhalb der Verjährungsfriſt der Exception mit Wirkung angeſtellt werden könne [77]). Ueber den Umfang der Querel kann nach dem Geſagten ebenfalls kein Zweifel mehr obwalten. Denn wenn es ſchon wahr iſt, daß die meiſten neueren Rechtsgelehrten ſie nur auf Chirographa beſchränken, ſo beweiſt doch der Zuſammenhang derſelben mit der Exception gleiches Namens, daß ſie auch gegen alle anderen Urkunden gebraucht werden kann, gegen welche die Exception zuläſſig iſt; alſo nicht allein gegen Dotalinſtrumente [78]), ſondern auch gegen Privatquittungen, und zwar gegen dieſe innerhalb der dreißigtägigen durch L. 14. §. 2. C. 4. 30. eingeführten Verjährungsfriſt der exceptio non numeratae pecuniae. — Außer der Querel ſteht dem Ausſteller der Schuldverſchreibung im Fall des Nichtsempfangs der beſcheinigten Summe auch eine Condiction zu, womit er zunächſt die Quittirung der aus dem Chirographum entſtehenden Verbindlichkeit und mittelbar die Rückgabe des Schuldſcheines erzwingt [79]). Und daß auch dieſe Klage nur innerhalb der Verjährungsfriſt der Exception angeſtellt werden könne, ſcheint aus der Zu-

71) L. 14. §. 4. C. 4. 30.

72) So Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 12, S. 145.

73) L. 14. §. 4. C. 4. 30.: eoque modo perpetuam sibi exceptionem efficere. Vgl. L. 8. u. 9. C. ibid. u. Nov. 100.

74) Die Veranlaſſung zu dieſer irrigen Meinung hat L. 4. C. de condict. ex lege (4. 9.) gegeben. Doch erhält dieſes Geſetz durch L. 7. C. 4. 30. ſeine richtige Erklärung.

75) Im Archiv für civil. Praxis, Bd. 7, S. 42.

76) In Grolman's und Löhr's Magazin, Bd. 4, S. 387.

77) L. 4. C. 4. 9. L. 8. 9. 14. §. 4. C. 4. 30.

78) L. 14. §. 4. C. 4. 30., vergl. mit Nov. 100.

79) L. 4. C. 4. 9. L. 7. C. 4. 30.

sammenstellung derselben mit der Exception in den römischen Rechtsquellen nicht undeutlich hervorzugehen. Helmbach.

**Conventionalstrafe** [1]) (poena conventionalis) heißt in der Kunstsprache der neueren Rechtsgelehrten eine bestimmte Summe Geldes, welche der, welcher etwas zu thun oder nicht zu thun sich verbindlich macht, zu bezahlen verspricht, wenn er gegen die von ihm übernommene Verbindlichkeit handelt. Die Römer wandten auf diesen Fall die Stipulationsform an, und nannten deshalb ein solches Versprechen poenae stipulatio [2]), um so leichter, da die Worte poenae nomine dari in der Regel der Stipulation eingefügt wurden [3]). Ward die Conventionalstrafe einem Versprechen etwas zu thun hinzugefügt, so wurde die Stipulationsform negativ gefaßt, z. B. si ita non feceris [4]). Enthält das Versprechen die Unterlassung einer Handlung, so wird die Stipulation affirmativ gefaßt, z. B. si ita feceris, oder si adversus ea feceris. Auch mehrere Handlungen zusammen können unter Hinzufügung einer Conventionalstrafe versprochen werden. Eine solche Zusammenfügung kann entweder eine copulative oder eine disjunctive sein. Im ersten Falle, welcher gewöhnlich durch et bezeichnet wird, gelten die zusammengenannten Handlungen für eine Einheit, und es müssen alle erfüllt werden, wenn der, welcher das Versprechen geleistet hat, von der Verbindlichkeit, die Conventionalstrafe zu bezahlen, frei werden soll [5]). Im zuletzt genannten Falle, welcher gewöhnlich durch aut bezeichnet wird, gelten die zusammengefügten Handlungen für soviel verschiedene Facta, als disjunctive Glieder vorliegen, und es reicht schon hin, daß die eine von den versprochenen Handlungen erfüllt werde, um den, welcher das Versprechen geleistet hat, von der Verpflichtung, die Conventionalstrafe zu bezahlen, frei zu machen [6]). Im heutigen Rechte bedarf es zum Versprechen der Conventionalstrafe nicht mehr der Stipulationsform, da jeder einfache Vertrag nach den Grundsätzen des teutschen Privatrechtes klagbar ist und die condictio ex moribus erzeugt. — Aus dieser Darstellung geht mit Gewißheit hervor, daß die Conventionalstrafe, welche zur Bestärkung eines Geschäftes hinzugefügt wird, den Charakter eines Nebengeschäftes hat und mit dem Haupt-

---

1) Vgl. Pothier, Pandectae Iustinianeae lib. XLV. tit. 1. pte. II. sect. 1. art. 3. tom. III. p. 211—214. Joh. Aug. Bachii, opuscula ad historiam et iurisprudentiam spectantia, ed. Klotz. diss. X. p. 386—405. — Daß die Conventionalstrafe stets auf eine bestimmte Summe Geldes geht, geht hervor aus L. 38. §. 17. D. de V. O. (45. 1.), vergl. mit L. 38. §. 2 u. 17. D. 45. 1. Vergl. §. 7. J. de verborum oblig. (3. 15) L. 11. §. 2. D. de receptis, qui. (4. 8.)

2) L. 4. §. 3. D. doli mali et met. exc. (44. 4.) L. 71. D. de verborum obligationibus. (45. 1.) L. 122. §. 3. D. ibid. L. 69. D. ibid. L. 12. §. 2. D. de pactis dot. (23. 4.) L. 10. §. 1. D. de pactis. (2. 14.) §. 7. J. de verb. oblig. (3. 15.)

3) Vergl. die Formulare solcher Versprechen in §. 7. J. 3. 15.

4) L. 71. D. 45. 1. L. 137. §. 7. D. ibid.

5) L. 13. §. 2. D. de rebus dubiis. (34. 5.)

6) L. 13. §. 3—5. D. 45. 1.

geschäfte steht und fällt. Dieser Grundsatz, welcher zur Beurtheilung des Details dieser Lehre von Wichtigkeit wird, äußert vorzüglich dann Wirkungen, wenn die Hauptverbindlichkeit aus irgend einem inneren Grunde zerfällt. Denn in diesem Falle gilt auch die Conventionalstrafe für nicht hinzugefügt. Dieß tritt nicht allein ein, wenn die Hauptleistung gegen die Naturgesetze verstößt und deshalb als unmöglich sich darstellt[7]), sondern auch dann, wenn die Erfüllung der versprochenen Leistung die öffentliche Achtung für Sittlichkeit (boni mores) verletzen würde. Daher ist die Conventionalstrafe ungiltig, welche acquisitiven Erbverträgen hinzugefügt wird[8]), da solche nach den Ansichten der römischen Rechtsgelehrten gegen die boni mores verstoßen[9]), und deshalb als unverbindlich betrachtet werden[10]). Dahin gehören ferner alle Conventionalstrafen, welche die Freiheit, ein Ehebündniß nach Belieben zu schließen, oder nicht zu schließen, beschränken, ohne Unterschied, ob die, welche die Ehe abzuschließen gedenken, als Contrahenten erscheinen, oder ob ein Dritter sich verbindlich macht die Conventionalstrafe zu erlegen, wenn er die zwischen zwei Personen beabsichtigte Ehe durch eigene Thathandlung verhindert[11]); ingleichen alle die Conventionalstrafen, welche die Freiheit der Ehescheidung auf irgend eine Weise beeinträchtigen, und dem, durch dessen Schuld die Ehescheidung herbeigeführt wird, zum Nachtheil gereichen[12]), ausgenommen wenn sie gerade nur so hoch sich belaufen, als die gesetzlichen Vermögensnachtheile betragen, welche den treffen, durch dessen Schuld die Scheidung herbeigeführt wird[13]). Auch wenn die versprochene Leistung gegen die bestehenden Gesetze verstößt, fällt die derselben hinzugefügte Conventionalstrafe von selbst hinweg, da im Pandektenrechte allgemein angenommen wird, daß Alles, was von den Staatsgesetzen verboten worden ist, überhaupt unmöglich sei[14]). Und dieß tritt nicht allein ein, wenn die verbotene Handlung auf einem dauernden Grunde beruht, sondern auch dann, wenn sie durch den Wegfall des Grundes späterhin zur erlaubten Handlung wird[15]). Auch kommt nicht in Betracht, daß die Staatsgesetze, auf deren Vorschrift das Verbot beruht, der Veränderung unterworfen sind, da das Erlaubtsein der Handlung und die davon abhängige

---

7) L. 69. D. 45. 1.
8) L. 61. D. 45. 1.
9) L. 61. D. 45. 1. L. 4. C. de inutilibus stipulationibus. (8. 39.)
10) L. 32. §. 9. D. pro socio. (17. 2.) L. 5. C. de pactis conventis tam super dote. (5. 14.) Vgl. Hasse, über Erbvertrag §. 2, im rheinischen Museum für Jurisprudenz, Jahrg. 2, S. 154 flg.
11) L. 5. C. de sponsalibus et arrhis sponsalitiis (4. 1.), vergl. mit L. 134. pr. D. de verborum obligationibus (45. 1.), u. L. 14. C. de nuptiis. (5. 4.) Vergl. Hasse, das Güterrecht der Ehegatten nach römischem Rechte, Th. 1, S. 122.
12) L. 19. D. 45. 1. L. 14. C. 5. 4. L. 2. C. de inutilibus stipulationibus. (8. 39.)
13) L. 19. D. 45. 1.
14) L. 35. §. 1. D. de verbor. oblig. (45. 1.) L. 137. §. 6. D. ibid. L. 103. D. ibid.
15) L. 35. §. 1. D. 45. 1.

Giltigkeit der Stipulation nur nach dem Zeitpunkte zu beurtheilen ist, wo die Pönalstipulation eingegangen wird [16]). Als Beispiele solcher, in dem Rechte des Staates verbotenen Handlungen wird der Verkauf einer res sacra, religiosa oder publica oder eines freien Mannes, die Heurath der eignen Schwester u. s. w. in den römischen Rechtsquellen bezeichnet. Mit dem Gesagten hängt es ferner zusammen, daß die Conventionalstrafe als Bestärkungsmittel des Versprechens erscheint, ohne Unterschied, ob der Gegenstand desselben die Eigenthumsübertragung oder die Vornahme irgend einer anderen Handlung ist [17]). Jedenfalls bleibt die Hauptobligation, welcher die Conventionalstrafe hinzugefügt wird, neben der Nebenobligation, welche die Conventionalstrafe enthält, noch fortbestehen, was man am deutlichsten daraus sieht, daß im Fall der Nichterfüllung des Versprechens der Verletzte die Wahl hat, ob er die aus dem Hauptcontracte entstehende Contractsklage oder die auf die Conventionalstrafe gerichtete actio ex stipulatu anstellen wolle [18]), und daraus, daß er in einigen Fällen auch beide Klagen nach einander anstellen kann [19]). Auch erklärt es sich nur aus diesem Gesichtspunkte, wenn in den römischen Rechtsquellen berichtet wird, daß, wenn die Conventionalstrafe zu einem simplen Vertrage (pactum nudum) hinzutritt, die aus dem letzteren herstammende pacti exceptio mit der aus der Pönalstipulation entstehenden Forderung concurrirt [20]), und daß die Hauptobligation, welcher die Conventionalstrafe hinzugefügt wird, auch dann noch fortbesteht, wenn die Pönalstipulation eine unmögliche Leistung enthält und aus diesem Grunde für nicht hinzugefügt betrachtet wird [21]). Am wichtigsten wird die Conventionalstrafe bei solchen Verträgen, welche aus äußeren Gründen unwirksam sind, da hier die Hinzufügung der Conventionalstrafe als einziges Mittel erscheint, um dergleichen Verträge aufrecht zu erhalten. Dieß ist der Fall, wenn sich Jemand für einen Dritten etwas versprechen läßt [22]), und wenn bei dem Compromiß [23]) und bei anderen Stipulationen [24]) gar kein Interesse des Stipulanten erweislich ist. Auch verlangten die älteren Juristen, wie Labeo, bei Eingehung von Obligationen, deren Gegenstand ein incertum im römischen Sinne ist, jedenfalls die

16) L. 137. §. 6. D. 45. 1.

17) §. 7. J. de verborum obligatione. (3. 16.) §. 19. J. de inutilibus stipulat. (3. 19.) Vgl. Pothier l. c. tom. III. p. 214.

18) L. 122. §. 2. D. 45. 1. L. 71. pr. D. pro socio (17. 2.), vergl. mit L. 28. D. de actionibus empti. (19. 1.)

19) L. 28. D. 19. 1.

20) L. 10. §. 1. D. de pactis. (2. 14.) L. 12. §. 2. D. de pactis dotalibus. (23. 4.)

21) L. 126. §. 3. D. 45. 1. L. 97. pr. D. ibid.

22) §. 19. J. de inutilibus stipulationibus. (3. 19.) Scholiastes Theophili, ed. Reitz. tom. II. p. 657. L. 48. §. 5. D. de solutionibus et liberationibus. (46. 3.) L. 38. §. 17. D. 45. 1. L. 11. D. de stipulationibus praetoriis. (46. 5.)

23) L. 38. D. de receptis. (4. 8.) L. 42. D. ibid. L. 1. C. de receptis arbitris. (2. 56.)

24) L. 2. §. 1. D. si quis in ius vocatus. (2. 5.) §. 19. J. 3. 19. §. 7. J. 3. 16.

Hinzufügung einer Conventionalſtrafe[25]), und ſelbſt ſpäterhin, als dergleichen Obligationen klagbar geworden waren, hat Kaiſer Juſtinian es nicht verabſäumt, die, welche eine Handlung außer der Eigenthumsübertragung durch Stipulation ſich verſprechen laſſen, zur Hinzufügung einer Conventionalſtrafe zu veranlaſſen, damit ſie des läſtigen Beweiſes des Intereſſes überhoben würden[26]). — Die Wirkungen der Conventionalſtrafe anlangend, ſo erklären ſie ſich einfach aus dem bisher Geſagten. Das Rechtsmittel, womit die Conventionalſtrafe eingetrieben wird, iſt die actio ex stipulatu[27]), an deren Stelle im heutigen Rechte, falls ein ſimpler Vertrag vorliegt, die condictio ex moribus tritt. Es wird freilich dabei immer vorausgeſetzt, daß die Conventionalſtrafe nicht eher eingetrieben werde, als bis ſie in der That fällig geworden (si commissa est stipulatio). Als fällig wird ſie aber in der Regel dann betrachtet, wenn gegen das Verſprechen gehandelt worden[28]). Iſt die verſprochene Handlung eine ſolche, welche aus mehreren Theilen beſteht oder in mehrere Theile zerlegt werden kann, ſo wird ſie nichts deſto weniger in Betreff der Conventionalſtrafe für ein unzertrennliches Ganze angeſehen, und die nur theilweiſe Erfüllung derſelben hindert keineswegs die Fälligkeit der ganzen Strafſumme[29]). In Betreff der Erben des Promittenten, auf welche die Verbindlichkeit, die von ihrem Erblaſſer verſprochene Handlung zu erfüllen, übergeht, iſt jedenfalls zu unterſcheiden, ob die Handlung theilbar oder untheilbar iſt. Im zuerſt genannten Falle wird die verſprochene Conventionalſtrafe, wenn nur einer von den Miterben gegen das Verſprechen handelt, nur theilweiſe fällig und zwar nach dem Verhältniſſe ſeines Erbantheiles und die anderen Miterben ſind nicht zu Entrichtung der Conventionalſtrafe verpflichtet[30]). Im zuletzt genannten Falle wird die Conventionalſtrafe in ungetrennter Summe fällig, und alle Erben des Promiſſors, freilich jeder nur nach dem Verhältniſſe ſeines Erbantheiles, zur Entrichtung derſelben an den Stipulator verpflichtet, ſelbſt dann, wenn nur ein einziger von den Miterben gegen das Verſprechen gehandelt hat; doch ſteht es den Miterben, welche an der Nichterfüllung deſſelben keine Schuld haben, frei, an den, welcher daran Schuld iſt, der Entſchädigung halber ihren Regreß zu nehmen[31]). Die Theilbarkeit und Untheilbarkeit ſolcher Handlungen iſt ganz nach den Grundſätzen, welche von der Theilbarkeit der Stipulation gelten, zu beurtheilen. Iſt dem Verſprechen ein beſtimmter Termin hinzugefügt, vor deſſen Ab-

---

25) L. 137. §. 7. D. 45. 1., vergl. mit L. 71. D. ibid. u. L. 46. §. 8. D. ratam rem haberi et de ratihabit. (46. 8.) Vgl. Zimmern, der römiſche Civilprozeß, §. 62, Note 8, S. 183.

26) §. 7. J. 3. 15. Vgl. L. 3. D. si quis in ius vocatus. (2. 3.) L 68. D. 45. 1. L. 81. pr. D. ibid.

27) L. 28. pr. D. 19. 1. L. 41. D. 17. 2. L. 10. §. 1. D. de pactis. (2. 14.) L. 12. §. 2. D. 23. 4.

28) L. 122. §. 6. D. 45. 1.

29) L. 5. §. 4. D. 45. 1. L. 85. §. 6. D. ibid.

30) L. 4. §. 1. D. 45. 1.

31) L. 4. §. 1. D. 45. 1. L. 85. §. 3. D. ibid.

lauf die verſprochene Handlung vorgenommen werden ſoll, ſo wird die Conventionalſtrafe ſchon von dem Zeitpunkte an für geſchuldet angeſehen, an welchem es gewiß wird, daß die verſprochene Handlung innerhalb der angegebenen Zeitfriſt nicht vorgenommen oder vollendet werden könne, und es macht dabei keinen Unterſchied, ob die gegebene Zeitfriſt vor Ablauf des Termins verlängert worden iſt oder nicht, und ob dieſe Prolongation auf Anſuchen des Promittenten oder freiwillig von Seiten des Stipulators geſchehen iſt[32]). Auch wirkt der dem Verſprechen hinzugefügte Endtermin ſo entſcheidend auf die Fälligkeit der Conventionalſtrafe ein, daß ſchon ſein Ablauf ohne weitere Mahnung von Seiten des Stipulators hinreicht, um die verſprochene Handlung als unmöglich darzuſtellen[33]). Iſt endlich kein Termin hinzugefügt, ſo kann die verſprochene Handlung bis zur Litiscontestation der actio ex stipulatu immer noch mit Erfolg vorgenommen werden; von dieſem Zeitpunkte an aber nicht mehr, da die Litiscontestation nach römiſchen Anſichten eine Novation wirkt[34]). Auch kommt die Lehre von der mora solvendi ſo wenig in Bezug auf die Conventionalſtrafe in Betracht, daß es nicht einmal einer Mahnung bedarf, um die Fälligkeit derſelben herbeizuführen[35]). Anders verhält es ſich freilich mit der mora accipiendi, bei deren Eintritt von der Fälligkeit der Conventionalſtrafe nicht mehr die Rede ſein kann[36]). Was das Verhältniß der Conventionalſtrafe zum id, quod interest, anbelangt, ſo ſteht nicht zu bezweifeln, daß ſie gewiſſermaßen die Stelle des letzteren vertritt[37]), und es ſteht mithin dem Gläubiger die Wahl zu, ob er aus dem Hauptgeſchäfte auf das id, quod interest klagen, oder ob er mit der actio ex stipulatu die Conventionalſtrafe eintreiben wolle[38]). Auch dann, wenn gar kein Intereſſe erweislich iſt, oder daſſelbe die Höhe der Conventionalſtrafe nicht erreicht, kann die letztere unbezweifelt eingetrieben werden[39]), da man bei der Einklagung derſelben gar nicht darauf ſieht, ob der Kläger ein Intereſſe daran habe, daß die Obligation, deren Erfüllung durch die Hinzufügung der Conventionalſtrafe bezweckt wird, in der That erfüllt werde. Dagegen iſt es ein allgemeiner Grundſatz, daß durch die Eintreibung der Conventionalſtrafe die Forderung des Intereſſes erliſcht[40]), weil man es für unbillig hielt, zweimal dieſelbe Sache zu for-

32) L. 113. pr. D. 45. 1. L. 23. D. de obligationibus et actionibus. (44. 7.)

33) L. 77. D. 45. 1. L. 12. C. de contrah. et committ. stipulatione. (8. 48.)

34) L. 5. C. de contrah. et comm. stipulatione (8. 38.), vergl. mit L. 122. §. 2. D. 45. 1.

35) L. 23. D. 44. 7. L. 77. D. 45. 1.

36) L. 23. D. 44. 7.

37) L. 41. D. pro socio. (17. 2.) L. 28. D. de actionibus emti et venditi. (19. 1.)

38) L. 41. D. 17. 2. L. 28. D. 19. 1. L. 11. D. de stipulationibus praetoriis. (46. 5.) L. 4. §. 7. D. de doli mali et metus except. (44. 4.) L. 10. §. 1. D. de pactis. (2. 14.) L. 14. C. de pactis. (2. 3.)

39) L. 11. D. 46. 5. L. 38. §. 17. D. 45. 1. L. 3. §. 1. D. ibid. §. 7. J. 3. 15. §. 19. J. 3. 19.

40) L. 4. §. 7. D. 44. 4. L. 41. D. 17. 2. L. 28. D. 19. 1. L. 10. §. 1. D. 2. 14.

dern, oder das, was dieselbe vertritt [41]). Deshalb wurde die nachfolgende Klage auf das Interesse entweder ipso iure nicht mehr gestattet [42]), oder auf dem Wege der Exception zurückgewiesen [43]). Nur dann, wenn das Interesse den Betrag der Conventionalstrafe übersteigt, ließ man die Nachklage auf den Mehrbetrag zu [44]), und auch, wenn ausdrücklich von den Parteien festgesetzt worden, daß die Interesseforderung neben der Conventionalstrafe geltend gemacht werden könne, hat man keinen Anstand genommen, diese Verabredung aufrecht zu erhalten [45]). Umgekehrt gilt es aber auch als allgemeine Regel, daß, wenn der Gläubiger das Interesse mit der aus dem Hauptgeschäfte stammenden Klage bereits eingetrieben, er die Conventionalstrafe nicht weiter fordern könne. Vielmehr kann der Schuldner sofort auf feierliche Quittung der Pönalstipulation klagen [46]), oder, wenn er aus der letzteren wirklich belangt wird, die Abweisung der angebrachten Klage durch die Vorschützung der doli mali exceptio erzwingen [47]).

Eine besondere Art der Conventionalstrafe ist das sogen. Reugeld (lateinisch gewöhnlich multa poenitentialis genannt). Man versteht darunter die Conventionalstrafe, welche der zu bezahlen hat, welcher dem einmal abgeschlossenen Contracte unter dem Vorwande der Reue nicht Genüge leistet [48]). Ein solches Reugeld kann nicht allein in der Form der Stipulation, sondern auch in der des pactum in continenti adiectum bedungen werden und besteht eigentlich aus zwei ganz verschiedenen Verträgen; erstens aus der Verabredung, daß das einmal geschlossene Geschäft wieder rückgängig gemacht werden solle, wenn der eine von den Contrahenten erklärt, daß er es bereue, dasselbe abgeschlossen zu haben [49]); zweitens aus der Verabredung, daß derjenige von den Contrahenten, welcher von dem bedungenen Reurechte Gebrauch macht, eine bestimmte Summe als Conventionalstrafe erlegen solle [50]). Die Größe der letzteren hängt natürlich ganz von der Bestimmung der Parteien ab; auch hat in Betreff dieser das Reugeld nichts Ausgezeichnetes vor den anderen Conventionalstrafen, und muß daher nach denselben Grundsätzen, welche von den letzteren gelten, im Allgemeinen beurtheilt werden. Der erste Theil des Vertrages hingegen, das Bedingniß des Reurechtes, bedarf noch einer ge-

41) L. 4. §. 7. D. 44. 4. L. 10. §. 1. D. 2. 14.
42) L. 28. D. 19. 1.
43) L. 4. §. 7. D. 44. 4.
44) L. 28. D. 19. 1., vergl. mit L. 41. D. 17. 2.
45) L. 115. §. 2. D. 45. 1.
46) L. 10. §. 1. D. 2. 14.
47) L. 28. D. 19. 1.
48) Vgl. Bach, opuscula p. 387.
49) Daß es zu diesem Zwecke beim Kaufe, wo das Reugeld am häufigsten vorkommt, eines besonderen Vertrages bedürfe, beweisen außer der Natur des Kaufcontractes besonders L. 3. D. de contrah. emt. (18. 1.) L. 31. §. 22. D. de aedilicio edicto. (2. 1.) L. 6. D. de rescind. emt. vend. (18. 5.) L. 4. C. de aediliciis actionibus. (4. 58.)
50) Diese Bestandtheile der multa poenitentialis hat Bach, l. c. p. 387—390, leider nur zu wenig gesondert.

neueren Erläuterung. Was zunächst die Einwirkung dieses Bedingnisses auf den Hauptcontract anbetrifft, so stellt sich dasselbe als dessen Resolutivbedingung heraus[51]), und ist mithin nach den Grundsätzen zu beurtheilen, welche von dieser Gattung der Bedingung gelten. Die Zeit anlangend, binnen welcher das Reurecht ausgeübt werden darf, so kommen natürlich zunächst die vertragsmäßigen Bestimmungen in Betracht. Ist also eine bestimmte Zeitfrist für die Ausübung des Reurechtes festgesetzt, so ist diese einzig und allein in Obacht zu nehmen, und wenn bestimmt worden, daß das Reurecht stets (in perpetuum) ausgeübt werden könne, so ist auch in dieser Beziehung der Vertrag aufrecht zu halten[52]). Ist in Betreff der Zeitfrist gar nichts vertragsweise festgesetzt, so wird von den neueren Juristen nach Analogie der actio redhibitoria angenommen, daß das Reurecht nur innerhalb eines Zeitraums von sechzig Tagen, welche als utiles dies berechnet werden, ausgeübt werden könne, wenn schon die Stelle der Pandekten, auf welche man diese Theorie baut, nicht sowohl von dem Reuvertrage (si displicuisset), als vielmehr von dem Falle spricht, wenn der Kauf der Verabredung zu Folge erst dann als unwiderruflich angesehen werden solle, wenn der Käufer erklärt, daß ihm die gekaufte Sache gefalle[53]). Unter den neueren Rechtsgelehrten ist es streitig, ob im Falle des Reukaufes und der Uebung des daraus sich herschreibenden Reurechtes, der alte Contract in Wirksamkeit bleibe oder nicht[54]); doch scheint aus dem Gesagten mit Gewißheit hervorzugehen, daß derselbe, wie durch den Eintritt einer Resolutivbedingung, aufgelöst werde, und dieß bestätigt sich auch durch die Klagen, welche zur Uebung des Reurechtes angestellt werden können. Es ist dieß entweder die actio emti oder venditi[55]), oder eine diesen Contractsklagen nachgebildete in factum actio[56]), oder die actio redhibitoria[57]). Daß es indeß in den Fällen des Reukaufes zur Eintreibung der Conventionalstrafe nicht gerade der Anstellung einer solchen Klage bedürfe, versteht sich von selbst, da die bloße Erklärung der Partei, daß sie den Kauf aufgehoben wissen wolle, als zur Fälligkeit der Conventionalstrafe hinreichend betrachtet werden muß. Heimbach.

**Corporationen**[1]). Das Recht der Corporationen ist ein inneres und ein äußeres. Jenes bezieht sich auf ihre Verfassung, dieses auf ihre rechtliche Stellung nach Außen, auf ihre Persönlichkeit. Wir

---

51) L. 3. D. 18. 1. Dagegen gilt es als Suspensivbedingung des Kaufvertrags, wenn verabredet wird, daß derselbe erst dann giltig sein solle, wenn sich der Käufer binnen einer bestimmten Zeit erklärt, daß er mit dem Handel zufrieden sei. §. 3. J. de empt. vend. (3. 24.)

52) L. 31. §. 22. D. 21. 1. L. 4. C. 4. 58.

53) L. 31. §. 22. D. 21. 1.

54) Vgl. Bach l. c. §. 4. p. 390—394.

55) L. 6. D. 18. 5.

56) L. 6. D. 18. 5. L. 31. §. 22. D. 21. 1.

57) L. 31. §. 22. D. 21. 1. L. 4. C. 4. 58.

1) Vergl. über die Corporationen bei den Römern: Heineccius, de collegiis et corporibus opificum cap. 1. (Opp. II. 9.) J. L. H. de Wassenaer, ad tit. de collegiis et corporib. 1740. (Fellenberg iurispr. an-

haben es hier nur mit dem letzteren zu thun, also mit den Corporationen als juristischen Personen. Und auch in dieser Hinsicht beschränken wir uns auf die Civilrechtsfähigkeit, wir überlassen es anderen Artikeln, die Stellung der Corporationen im Staate und in der Kirche zu behandeln. Wenn wir so auf der einen Seite den Gegenstand unserer Betrachtung beschränkt haben, so ist es auf der anderen Seite nothwendig, ihn zu erweitern. Die Corporationen sind eine Art der juristischen Personen; ihre civilrechtliche Stellung kann nicht befriedigend bestimmt werden, ohne auf die allgemeine Lehre von den juristischen Personen zurückzugehen. Dieß ist um so nothwendiger, als diese allgemeinen Grundsätze nicht so bekannt und unbestritten sind, daß man sich ohne näheres Eingehen in dieselben auf sie berufen könnte, es ist aber auch um so weniger bedenklich, den allgemeinen Theil der Lehre in diesem Artikel mitzunehmen, als die Corporationen, von denen wir zunächst zu handeln haben, eine der wichtigsten Arten der juristischen Personen, man darf vielleicht sagen, die wichtigste sind.

Der natürlichen Betrachtung nach ist nur der Mensch Person, rechtsfähig, Subject von Rechten. Die Persönlichkeit ist hier an ein Subject geknüpft, welches ein natürliches Dasein, ein Dasein auch außer dem Recht hat, an das menschliche Individuum, mit dessen Entstehung die Person entsteht, mit dessen Aufhebung sie aufhört. Person ist der Mensch nur durch das Recht, aber das Subject der Persönlichkeit, ist nichts Juristisches, sondern etwas Natürliches, und darum heißt der Mensch natürliche (physische) Person. Das Recht ist aber dabei nicht stehen geblieben. Umstände verschiedener Art haben gefordert, noch anderen Subjecten, außer dem Menschen, Rechte zuzuschreiben, und sie damit als Personen anzuerkennen. Solche Persönlichkeiten sind als Ausnahme von der Regel zu betrachten, ihr Kreis darf nicht willkürlich erweitert werden. An sich lassen sich Subjecte der verschiedensten Art für diese Ausdehnung der Persönlichkeit denken, in unserem Rechte aber besteht eine entschiedene Schranke, über die hinaus die Ausdehnung für schlechthin unstatthaft betrachtet werden muß. Das Recht ist nämlich nie so weit gegangen, körperlichen Dingen außer dem Menschen die Persönlichkeit beizulegen, also sie dem Menschen gleichzustellen, und in der That ist dieses eine sittliche Unmöglichkeit. Die Zumuthung, leblose Körper oder Thiere als Personen, also als unseres Gleichen anzuerkennen, wäre höchstens unter solchen Nationen denkbar, welche körperliche Dinge, nicht blos als Bilder von Göttern, sondern als Götter selbst betrachten, und sie dadurch nicht allein den Menschen gleich, sondern sogar über die Menschen stellen. Es sind daher nur unsichtbare Dinge, nur Begriffe, als weitere Subjecte einer Persön-

---

tiqua I. 7.) H. E. Dirksen, historische Bemerkungen über den Zustand der juristischen Personen nach römischem Rechte (civilist. Abhandl. II. 1.). Sodann über einzelne Fragen dieser Lehre: Gaudlitz, de finibus inter ius singulorum et universitatis regundis 1804. (Haubold, opuscula II. p. 547 sq.) C. S. Zachariae, liber quaest. I. 10. Marezoll, über L. 3. pr. D. 47. 22., in Grolman's und Löhr's Magazin IV. S. 207—212.

lichkeit behandelt worden, deren beziehungsweise Gleichstellung mit dem Menschen nichts das sittliche Gefühl Verletzendes hat. Bei diesen Personen ist also nicht blos die Persönlichkeit selbst, sondern auch das Subject derselben durch das Recht gegeben, auch das Subject selbst hat kein natürliches Dasein, und darum werden diese Personen, im Gegensatze gegen die natürlichen, juristische Personen genannt. Sonst war der Name: moralische Personen üblich, der sich aus einer Zeit herschreibt, wo man mit diesem Beiworte überhaupt das Unsichtbare, über die äußeren Sinne Hinausliegende, bezeichnete; auf derselben Veranlassung beruht der Ausdruck: mystische Personen. Auch fictae personae heißen sie, eine Bezeichnung, die ihrem Charakter nicht unangemessen ist, wie auch die römischen Juristen von den Gütern einer juristischen Person sagen: nullius in bonis sunt, aber ipsius universitatis esse creduntur[2]).

Zur Entstehung einer Person, und somit auch einer juristischen, gehört Zweierlei: einmal die Existenz des Subjectes, welches die Unterlage der Persönlichkeit ist, sodann eine rechtliche Vorschrift, welche dem Subject die Persönlichkeit beilegt. Jene Unterlage ist bei der natürlichen Persönlichkeit das menschliche Individuum, die Voraussetzung der Person ist also mit der vollkommenen Existenz desselben, mit der Geburt, vorhanden, bei juristischen Personen ist es der Rechtsbegriff, mit dem sich die Persönlichkeit verknüpft. Hierdurch unterscheiden sich die einzelnen Arten der juristischen Personen. Sie zerfallen in zwei Classen. Das Subject, an welches die Persönlichkeit geknüpft ist, ist entweder eine Verbindung von natürlichen Personen, oder ein Vermögen, welches ohne ein sichtbares Subject existiren soll, also, da ein Vermögen nicht ohne ein berechtigtes Subject gedacht werden kann, einem unsichtbaren, ihm selbst innewohnenden zugeschrieben wird. Zu dieser zweiten Classe gehört die Erbschaft, soweit die Persönlichkeit des Erblassers noch in ihr fortdauernd gedacht wird, und das pium corpus (pia causa, milde Stiftung), von denen in besonderen Artikeln gehandelt werden wird. Die juristischen Personen der ersten Classe, bei denen die Persönlichkeit an die Idee der Vereinigung natürlicher Personen, an die Gesammtheit, welche sie bilden, gebunden ist, heißen universitates personarum, Corporationen, Gemeinheiten.

Die rechtliche Vorschrift, wodurch das Subject, seine Existenz vorausgesetzt, Person wird, ist bei der natürlichen Person die Rechtsregel, daß der Mensch Person sei, welche für unser heutiges Recht keine Ausnahme hat. Gleicherweise besteht für gewisse juristische Personen ein allgemeiner Rechtssatz, daß gewisse Dinge unter gewissen Voraussetzungen als Personen behandelt werden sollen, so daß also hier, wie bei den natürlichen Personen, die Person mit der Existenz jener Unterlage entsteht. In gewissen Fällen aber ist es bedenklich oder unmöglich, die Voraussetzungen, unter welchen eine juristische Person existiren soll, durch allgemeine Regeln zu bestimmen; die Bekleidung des Subjectes mit der Persönlichkeit wird nicht für unstatthaft erklärt, aber sie wird dem jedesmaligen discretionären

2) L. 1. pr. D. de div. rer. (1. 8.)

Ermessen der Staatsregierung vorbehalten. Hier ist es dann nicht ein Rechtssatz, sondern eine Vorschrift für diesen einzelnen Fall, eine personalis constitutio, quae ad exemplum non trahitur, eine besondere Concession des Regenten, wodurch die Person entsteht. Immer also ist es eine rechtliche Vorschrift, durch welche die Persönlichkeit ertheilt wird, aber diese ist entweder eine allgemeine, für alle Fälle einer gewissen Beschaffenheit, oder eine specielle, blos für diesen besonderen Fall gegebene. Es muß schon hier erwähnt werden, daß es Juristen gibt, die den letzten Fall für den natürlichen zu halten scheinen, und daher geneigt sind, im Zweifel stets eine besondere Concession zur Entstehung der juristischen Person zu fordern. Dieß ist eben so wenig richtig, als wenn Jemand sich vorstellte, bei der Entstehung einer natürlichen Person sei es eigentlich das Naturgemäße, daß bei jedem neuen Menschen die Geburt erst angezeigt und eine obrigkeitliche Declaration seiner als Person nachgesucht werde. Als Regel ist vielmehr zu betrachten, daß die Entstehung der juristischen Personen derjenigen der natürlichen analog ist, wonach das Erforderniß einer besonderen Concession als die Ausnahme erscheint. Bei welchen juristischen Personen diese Ausnahme eintritt, wird unten zur Sprache kommen.

Das Allgemeine über die Stellung der juristischen Personen im Rechte ist folgendes. In der Erhebung eines Subjectes zur juristischen Person liegt überhaupt dieses, daß es als Subject von Rechtsverhältnissen und insonderheit von Privatrechtsverhältnissen, wovon hier allein die Rede ist, gedacht werden soll. Dieß ist so unumgänglich, daß ohne diese Folge keine juristische Person existirt. Damit ist natürlich nicht gesagt, daß juristische Personen aller der Rechtsverhältnisse fähig seien, in welchen natürliche stehen können. Von manchen Rechten sind juristische Personen der Natur der Sache nach ausgeschlossen, weil dieselben nur bei einem Subjecte, welches ein natürliches Dasein hat, insbesondere bei einem menschlichen Individuum gedacht werden können. Dahin gehören alle Familienrechtsverhältnisse, deren also keine juristische Person, welchen Umfang auch sonst ihre Rechtsfähigkeit haben möge, fähig ist. Wenn man daher z. B. von der Adoption eines Findlings durch eine Stadt gesprochen hat, so kann dieser Redensart eben so wenig die juristische Bedeutung eines elterlichen Verhältnisses beigelegt werden, als der Vermählung der Republik Venedig mit dem Meere die einer Ehe. Aber auch unter den Vermögensverhältnissen gibt es manche, welche (auch abgesehen von denen, die mit den Familienrechten in wesentlicher Verbindung stehen, wie die ehelichen Güterrechte, der Einfluß der väterlichen Gewalt auf das Vermögen, das Intestaterbrecht, welches sich auf Verwandtschaft oder Ehe gründet) ihrem eigenthümlichen Charakter nach eine natürliche Person voraussetzen, und die nur etwa durch besondere Vorschrift und juristische Fiction den juristischen Personen anbequemt werden können. So würde es der Bestimmung des Ususfructus widersprechen, ihn einer juristischen Person zuzugestehen, wo er vielleicht für immer von der Proprietät getrennt wäre, aber er ist zugelassen worden mit der Beschränkung auf die Dauer von hundert Jahren, nach deren Ablauf die Wirkung des Todes

einer natürlichen Person eintreten soll[3]). — Die Folge der Persönlichkeit ist oben als Stellung in Rechtsverhältnissen bestimmt worden. Ein weiterer Schritt ist es schon, einem Subjecte nicht blos gegenwärtige Rechte und Verbindlichkeiten, sondern auch die Fähigkeit eines künftigen Eintritts in dieselben, also eines Eingreifens in den rechtlichen Verkehr beizulegen. Es gibt juristische Personen, welche nur zu dem Behufe angenommen werden, um ein Subject für ein bestehendes Vermögen zu haben, wie dieß bei der in einer Erbschaft vorausgesetzten Persönlichkeit der Fall ist; andere dagegen, die nicht blos für einen solchen vorübergehenden Zweck erdacht werden, treten in die Reihe der Personen auf eine dauerndere und mit einer für den rechtlichen Verkehr bedeutenderen Stellung ein; es handelt sich bei ihnen nicht blos um ein Subject für ein gegenwärtiges Vermögen, welches nur durch sie hindurch und auf eine andere Person überzugehen, sondern das bei ihnen zu bleiben, und in ihrer Person sich zu vermehren, zu vermindern, zu verändern, ein Mittel des rechtlichen Verkehrs zu werden bestimmt ist. Es versteht sich, daß besonders bei diesen juristischen Personen, welche man denn auch bei diesem Ausdrucke vorzugsweise im Sinne hat, die Frage nach dem Umfang ihrer Rechtsfähigkeit entsteht. Die Möglichkeit, in Rechtsverhältnissen zu stehen, enthält auch die Möglichkeit, in solche zu treten, also Rechte zu erwerben und aufzugeben, Verbindlichkeiten zu übernehmen, soweit die Voraussetzungen dazu in juristischen Personen sich finden. Man hat den Umfang ihrer Rechtsfähigkeit dadurch näher zu bestimmen gesucht, daß man eine Eintheilung der rechtlichen Befugnisse in sogen. iura originaria, welche den Personen an sich und ohne besondere Concession oder Privilegium zustehen, und sogen. iura adventitia, die eine Person nur durch eine besondere Concession erhalten kann, gemacht hat[4]). Wenn man aber jene sogen. originären Rechte ohne Weiteres auch den juristischen Personen, oder wenigstens den Gemeinheiten (denn diese werden hier gewöhnlich besonders hervorgehoben), zuspricht, so verfällt man entweder in den Irrthum, die Rechtsfähigkeit derselben mit der der natürlichen Personen für vollkommen identisch zu halten, oder, wenn man einsieht, daß der Umfang beider der Natur der Sache nach nicht derselbe ist, hat man mit jener Unterscheidung für die Bestimmung ihres Umfanges bei den juristischen Personen eigentlich nichts gewonnen. Uebrigens ist auch jene Eintheilung der Befugnisse selbst weit entfernt, eine sichere und gewisse zu sein; vielmehr ist bei einzelnen Befugnissen gerade dieser Umstand bestritten, ob sie zu der einen oder zu der anderen Classe zu zählen sind. Es ist also mit jener Classification für unsere Frage wenig, und namentlich für den Unterschied zwischen juristischen und natürlichen Personen in Absicht auf den Umfang der Rechtsfähigkeit nichts gesagt.

Der Umfang der Rechtsfähigkeit juristischer Personen ist vielmehr im Allgemeinen nach folgenden Grundsätzen zu bestimmen. Nach Ausscheidung der Familienrechte, von welchen, wie bemerkt, bei juristischen

3) L. 56. D. de usufr. (7. 1.)
4) Mühlenbruch, Lehrb. d. P.-R. §. 197.

Personen nicht die Rede sein kann, überhaupt der Rechtsverhältnisse, die ihrer Natur nach eine natürliche Person voraussetzen, wird sich ihre Rechtsfähigkeit nach dem Zwecke richten, um dessen willen die Existenz einer juristischen Persönlichkeit angenommen wird; die Rechtsfähigkeit wird den Umfang haben, den sie haben muß, um diesen Zweck vollständig zu erreichen, soweit nicht eine besondere Beschränkung nachzuweisen ist. Insoweit also nehmen die juristischen Personen an dem ius commune Theil, auch das ius singulare, zunächst für natürliche Personen eingeführt, ist unter jener Voraussetzung auf sie anzuwenden, sofern die Erfordernisse desselben bei ihnen sich vorfinden [5]), manche von ihnen haben ihr besonderes ius singulare; was endlich Rechte betrifft, welche zu den Privilegien im engeren Sinne gehören, so setzen diese natürlich bei einer juristischen wie bei einer natürlichen Person eine besondere Erwerbung voraus. Eine eigenthümliche Beschränkung enthält das römische Recht in Beziehung auf die testamentarische Erbfähigkeit. Keine juristische Person konnte ursprünglich zu Erben eingesetzt oder ihr ein Legat hinterlassen werden. Fideicommisse waren dieser Beschränkung wenigstens ursprünglich nicht unterworfen. Gewissen juristischen Personen wurde ausnahmsweise jene Fähigkeit entweder überhaupt, oder für die Erbschaften gewisser Personen gegeben [6]). Diese Ausnahmen wurden allmälig vermehrt, und sie sind im Justinianischen Rechte sehr beträchtlich, indessen liegt auch diesem noch die Regel zu Grunde, daß juristische Personen erbunfähig sind, soweit nicht die Erbfähigkeit gewissen Classen derselben durch einen allgemeinen Rechtssatz, oder einzelnen durch eine besondere Concession gegeben ist. Für welche jenes im Justinianischen Rechte geschehen ist, wird bei den einzelnen Arten anzugeben sein.

Eine eigenthümliche Stellung im Rechte erhalten aber endlich die juristischen Personen dadurch, daß sie, weil die Persönlichkeit bei ihnen an ein Subject, welches kein natürliches Dasein hat, geknüpft ist, keines Willens und keiner Aeußerung desselben, also keiner Handlung fähig sind. Handlungen können nur von einem menschlichen Individuum ausgehen, juristische Personen sind aber keine solchen, auch die nicht, welche aus einem Ganzen von Menschen bestehen. Handlungen, von allen Gliedern einer Corporation übereinstimmend vorgenommen, wären immer nur Handlungen dieser Einzelnen, nicht der Corporation. Nun würde aber ohne die Möglichkeit zu handeln, die rechtliche Existenz der juristischen Personen, namentlich der zu einem dauernden Dasein bestimmten, eine höchst unvollkommene sein. Der Eintritt in die Rechtsverhältnisse geschieht in den meisten und wichtigsten Fällen durch Handlungen; wie geringen Effect würde die Persönlichkeit einer Corporation, einer milden Stiftung haben ohne die Möglichkeit eines Besitzerwerbes, eines Vertrages, überhaupt einer Willenserklärung? Den juristischen Personen, bei denen dieses Bedürfniß eintritt, ein actives rechtliches Dasein zu verschaffen, dient die

---

5) Quod edictum (cum absens non defenderetur) etiam ad — civitates pertinere Labeo ait. L. 22. §. 2. D. ex quib. caus. mai. (4. 6.)

6) Ulpian. fragm. XXII. 5. 6.

Möglichkeit von Handlungen durch Stellvertreter. Allerdings ist regelmäßig bei solchen Handlungen doch auch der Wille des Repräsentirten erforderlich, dessen Ausführung der Repräsentant übernimmt, daher wäre an sich nicht einmal dieser Ausweg bei juristischen Personen möglich; aber wie bei natürlichen Personen, die handlungsunfähig sind, eine Repräsentation gegen jene Regel zugelassen worden ist, so ist dieß auch auf juristische Personen erstreckt worden (s. z. B. den Art. Besitz, §. 12). Die Repräsentation, die hier nicht blos auf die Ausführung, sondern auch auf den Willen selbst geht, beruht auf der Fiction, daß was gewisse Personen beschließen und thun, als Wille und Handlung der juristischen Person betrachtet wird. Die primären Repräsentanten einer solchen Person sind theils die Glieder derselben überhaupt, deren verfassungsmäßiger Beschluß als der Wille des Ganzen gilt, — diese Repräsentation beschränkt sich auf die juristischen Personen, welche aus einer Mehrheit von natürlichen bestehen, — theils die Vorsteher, Beamten oder Verwalter, soweit diese Vertretung in ihrem Berufe und ihrer Vollmacht liegt, — diese Repräsentation ist bei allen Arten denkbar. Die Ausführung des Willens aber kann theils durch dieselben, theils durch andere, secundäre Repräsentanten geschehen, welchen diese Vertretung entweder für eine ganze Classe von Fällen, so daß sie ebenfalls ständige Repräsentanten sind, oder blos für diesen einzelnen Fall, als Procuratoren, übertragen sein kann. — Bei dieser, auf diesem Wege eingeführten Handlungsfähigkeit der juristischen Personen darf man nie vergessen, daß sie auf der Fiction eines Willens beruht. Wo daher bei einer Handlung ihrer Natur nach schlechterdings ein wirklicher Wille vorausgesetzt wird, da ist eine juristische Person derselben nicht fähig. Dieß gilt namentlich von Delicten. Der höchst unfruchtbare Streit, den man darüber geführt hat, löst sich dadurch, daß jene Personen nur einen fingirten Willen haben, daß es aber eine Absurdität wäre, ihnen für ein Delict, gleich als wenn dieß eine wünschenswerthe und für den rechtlichen Verkehr unumgängliche Sache wäre, einen Willen zu fingiren[7]). Eine ganz andere Frage ist, inwiefern sie aus den unerlaubten Handlungen ihrer Repräsentanten, welcher diese bei der Ausübung ihrer Functionen sich schuldig gemacht haben, in Anspruch genommen werden können, inwiefern der Staat, die Commune u. s. f. für ihre Beamten haftet? Hier handelt es sich nicht um ein Delict der juristischen Person, welches die Klage gegen sie begründete. Ferner können natürliche Personen in Beziehung auf ihre Theilnahme an einer Corporation bestraft werden; darum daß die Strafe hier zugleich das Ganze mit betrifft, fällt sie doch nicht unter den Begriff einer Bestrafung der Universitas selbst. So ist dieß der Fall, wenn Jemand in Folge einer peinlichen Strafe des Bürgerrechtes beraubt wird; jene Bedeutung hatten auch Excommunica-

7) Daß sie keines Dolus fähig sind, sagt zum Ueberfluß L. 15. §. 1. D. de dolo malo. (4. 3.) Wenn nach L. 9. §. 1. D. quod metus (4. 2.) die actio quod metus causa stattfindet, die Gewalt mag von Einem oder von Mehreren, auch von allen Gliedern einer Corporation ausgegangen sein, so wird dabei mit keinem Worte angedeutet, daß in dem letzten Falle die Klage gegen die Corporation selbst angestellt werden könne.

tion und Bann, die über Städte ausgesprochen wurden[8]), und aus demselben Gesichtspunkte ist die Vermögensstrafe zu betrachten, welche in einem Gesetz, das oft für die Möglichkeit des Delicts einer juristischen Person allegirt worden ist, auf das Gemeindevermögen gelegt wird[9]). — Endlich, da juristische Personen nur durch Stellvertreter handeln können, sind sie von den Handlungen ausgeschlossen, welche überall keine Repräsentanten zulassen. Daher könnten sie eigentlich kein Erbrecht erwerben, schon die römischen Juristen haben für die bonorum possessio eine Ausnahme gemacht, und im neuesten Rechte ist ihnen, soweit sie die Erbfähigkeit besitzen, auch die Erwerbung der hereditas nachgelassen.

Der letzte allgemeine, hier zu erörternde Punkt ist die Aufhebung der juristischen Personen. Eine juristische Person wird aufgehoben, wenn eine ihrer Voraussetzungen wegfällt; dieß ergibt sich aus der Natur der Sache, und ist auch der Analogie von den natürlichen Personen gemäß. Es sind aber zwei Voraussetzungen namhaft gemacht worden: die Existenz eines Subjectes, und eine rechtliche Vorschrift, welche dem Subjecte Persönlichkeit verleiht. Die juristische Person wird daher aufgehoben 1) dadurch, daß irgendwie die Unterlage der Persönlichkeit wegfällt. Diese Art der Aufhebung, welche dem Tode einer natürlichen Person (Aufhören des menschlichen Individuums, woran hier die Persönlichkeit geknüpft ist) gleich steht, gestaltet sich verschieden bei den einzelnen Arten, die sich eben durch die Verschiedenheit dieser Unterlage unterscheiden; 2) durch eine entgegengesetzte rechtliche Vorschrift, namentlich durch eine constitutio personalis, welche dem Subjecte die Persönlichkeit entzieht. Wenn die juristische Person nicht durch eine besondere Concession, sondern vermöge eines allgemeinen Rechtssatzes entstanden ist (s. oben), so bewirkt die Aufhebung dieses Rechtssatzes, in Gemäßheit der Regel über die Unanwendbarkeit eines Gesetzes auf frühere Fälle, nicht die Aufhebung der bis dahin schon entstandenen juristischen Personen, es wäre denn, daß diese Rückanwendung in dem Gesetze selbst vorgeschrieben wäre. In einem Falle ist ein besonderer gesetzlicher Ausspruch für die Endigung der Persönlichkeit nicht nothwendig: wenn nämlich durch die rechtliche Vorschrift, auf welche sie sich gründet, besondere Bedingungen für die Fortdauer derselben gegeben sind. Hier wird die Endigung ipso iure anzunehmen sein, sowie der von dem Gesetze vorausgesehene Umstand eingetreten ist. Eine andere Frage ist, ob die Aufhebung durch die Staatsgewalt willkürlich geschehen könne? Fassen wir zuerst die juristischen Personen ins Auge, die es vermöge eines allgemeinen Rechtssatzes sind, so müssen wir die Frage, eben so wie bei den natürlichen Personen, den Menschen, verneinen, mit denen jene die Form der Entstehung gemein haben. Man könnte diese Gleichstellung deswegen bedenklich finden, weil die Existenz juristischer Personen doch immer etwas Unregelmäßiges, eine juristische Fiction, weil ihre Existenz nichts für das Dasein des Rechtes Nothwendiges, wie die der natürlichen Personen, ist. Hier ist aber entscheidend, daß auch die juristi-

8) Authent. Frid. Item quaecunque C. de episc. et cler. (1. 3.)
9) Auth. Frid. Item nulla C. eod.

schen Personen nur für die Zwecke der Menschen, also im Interesse der natürlichen Personen eingeführt sind; es ist die menschliche Rechtssphäre selbst, welche durch jenen Begriff erweitert ist; der Sache nach handelt es sich auch bei juristischen Personen stets um die rechtlichen Interessen natürlicher, denen nur diese besondere Form gegeben ist, und die auch in dieser Form kein Gegenstand willkürlicher Behandlung und Verfügung sind. Eine Aufhebung juristischer Personen ist also nur aus denselben Gründen, wie eine Aufhebung wohlerworbener Rechte zulässig. Die Aufhebung solcher, die sich auf eine specielle Concession gründen, ist nach den Grundsätzen von dem Widerruf der Privilegien zu beurtheilen. — Man hat von einer freiwilligen Auflösung juristischer Personen durch einen Beschluß ihrer Glieder gesprochen [10]), die man nur „bei den mit dem Staate und seinen Einrichtungen in näherer oder entfernterer Verbindung stehenden universitates" für unstatthaft hält. Offenbar wäre diese Möglichkeit, das Subject für die entstandenen Rechtsverhältnisse durch Privatwillkür wegzunehmen, für die mit einer juristischen Person in rechtlichen Verkehr Tretenden höchst bedenklich. In der That aber ist bei keiner juristischen Person eine solche Auflösung möglich. Einmal nämlich kann ja auch eine natürliche Person durch die bloße Erklärung ihres Willens, nicht mehr Person zu sein, ihre Persönlichkeit nicht aufgeben; warum sollte es anders sein bei juristischen Personen? Sodann aber, wenn es auch einen Verzicht auf die Persönlichkeit gäbe, so würde dieser bei einer juristischen Person nicht möglich sein, weil sie keinen Willen hat; der Wille der Glieder gilt unter Umständen dafür, nur um der juristischen Person ein actives Dasein zu verschaffen; diese Fiction kann daher nicht auf den Fall der Vernichtung dieses Daseins erstreckt werden. Die Glieder können durch ihren Willen etwa bewirken, daß sie aufhören, Glieder dieser juristischen Person zu sein, und es wäre denkbar, daß dadurch nach und nach die erste Voraussetzung, das Subject, wegfällt, aber die Person würde hier nicht durch einen Verzicht auf die Persönlichkeit aufgehoben sein. So kann der Mensch nicht auf seine Persönlichkeit verzichten, obwohl er sich umbringen und dadurch, indem er das Subject der natürlichen Person wegnimmt, diese als solche zerstören kann.

Bei der Aufhebung einer juristischen Person entsteht die Frage nach dem Schicksal ihres Vermögens. Man hat bei der Beantwortung dieser Frage unterscheiden wollen, ob die juristische Person durch ihren eigenen Willen, durch Verfügung der Staatsregierung, oder durch den Wegfall des Subjects der Persönlichkeit aufgehoben wird [11]). Das Erste fällt nach den obigen Bemerkungen ohnehin weg, aber auch die beiden anderen, wirklich existirenden Aufhebungsarten, haben auf unsere Frage keinen Einfluß. Es beruht auf einem entschiedenen Irrthum, wenn behauptet wird, bei der Auflösung juristischer Personen durch den Staat falle ihr Vermögen an die bisherigen Glieder derselben. Den Gliedern der juri-

10) Marezoll in Grolman's und Löhr's Magazin IV. S. 211. — Mühlenbruch, Lehrb. d. P.-R. §. 197.

11) Marezoll a. a. O.

stischen Person gehörte das Vermögen nicht während des Bestehens derselben, — darin eben unterscheidet sich eine solche universitas personarum von einer bloßen Gesellschaft (s. unten), — keine dieser natürlichen Personen konnte sich einen Antheil an dem Vermögen der Gesammtheit zuschreiben; wie sollten sie nun, nach Aufhebung der juristischen Person, dazu kommen, Subjecte des Vermögens zu werden, abgesehen von einer positiven, ihnen dasselbe übertragenden Vorschrift, die aber nicht existirt? Denn das ist unzweifelhaft, daß L. 3. pr. D. de colleg. (47. 2.) nicht hierher zu beziehen ist, welche sagt: Collegia si qua fuerint illicita, mandatis et constitutionibus et senatusconsultis dissolvuntur. Sed permittitur eis, cum dissolvuntur, pecunias communes, si quas habent, dividere pecuniamque inter se partiri. Hier versteht sich, so wie die Einziehung der Güter nicht als Strafe angeordnet ist, die Theilung von selbst; denn diese Güter haben, da ein collegium illicitum keine juristische Person ist, immer nur den Einzelnen, die sie zusammengeschossen hatten, gehört, das Subject des Vermögens verändert sich nicht, indem die unerlaubte Verbindung aufgelöst wird. Eine Vertheilung dagegen der Güter einer universitas personarum unter ihre Glieder, wäre eine reine Veräußerung derselben, eben so gut, wie wenn sie an Auswärtige geschehe. Sie hätte daher, so weit die juristische Person in ihrer Veräußerungsbefugniß nicht beschränkt war, während ihres Bestehens geschehen können, nach ihrer Aufhebung kann natürlich davon nicht mehr die Rede sein. Die Art der Aufhebung macht also an sich eben so wenig einen Unterschied in Beziehung auf das Schicksal des Vermögens einer juristischen Person, als der Umstand, ob die Persönlichkeit an eine Vereinigung natürlicher Personen geknüpft ist oder nicht; immer ist das Subject, dem das Vermögen ausschließlich zustand, nicht mehr vorhanden. Es bleibt somit nur folgende Alternative. Entweder nehmen wir an: die Sachen werden herrenlos, die Obligationen gehen unter; dazu aber könnten wir nur im äußersten Falle greifen, wenn kein anderer Ausweg in unserem Rechte geöffnet wäre. Oder wir erhalten das Vermögen ungeachtet des Unterganges des bisherigen Subjectes aufrecht, indem wir einen der Erbfolge analogen Uebergang an eine andere Person zulassen, mit anderen Worten: wir behandeln die Güter einer aufgehobenen juristischen Person als bona vacantia. Dieß ist die allein zulässige Entscheidung. Die Voraussetzung der bona vacantia ist, daß das bisherige Subject aufgehoben wird, ohne einen Erben zu hinterlassen; diese Voraussetzung tritt immer ein bei der Aufhebung einer juristischen Person, die weder einen testamentarischen noch einen Intestaterben haben kann. Ihr Vermögen wird daher nach den Grundsätzen von den bona vacantia dem Fiscus deferirt.

So viel von den juristischen Personen überhaupt. Von den beiden Classen derselben, die oben unterschieden worden sind, kommt, indem wir nun zur Betrachtung der einzelnen Arten übergehen, nur die der universitates personarum in Betracht. Solche universitates personarum sind: der Staat, nebst den öffentlichen Corporationen, welche Bestandtheile

desselben sind, die Kirche, nebst den kirchlichen Corporationen, endlich andere corpora, die unter diesem allgemeinen Ausdrucke zusammengefaßt werden. Die Lehre von der juristischen Persönlichkeit des Staates ist dem Artikel Fiscus vorbehalten, ebenso sind der Kirche und den kirchlichen Corporationen besondere Artikel gewidmet. So bleiben uns nur noch die anderen vorhin erwähnten Corporationen übrig, die auch wohl vorzugsweise unter diesem Ausdrucke verstanden zu werden pflegen.

Unter diesen Corporationen gibt es solche, welche unmittelbare Bestandtheile des Staates sind, indem sie keinen von dem des Staates verschiedenen Zweck haben, nur mit dem Unterschiede, daß sie als bloße Bestandtheile des Staates diesen Zweck in einem engeren Kreise verfolgen. Dieß sind die Gemeinden, die öffentlichen Corporationen, welche eben wegen jener Identität im römischen Rechte respublicae, civitates heißen, Bezeichnungen, welche ebensowohl auf den Staat selbst anwendbar sind. Die juristische Persönlichkeit derselben beruht auf einem allgemeinen Rechtssatze, sowie daher eine Gemeinde existirt, eine Corporation also als Gemeinde anerkannt ist, so ist sie zugleich juristische Person, ohne daß es dazu einer besonderen Verleihung der Persönlichkeit bedürfte. Ihre Rechtsfähigkeit erstreckt sich soweit, als es die Natur einer juristischen Person zuläßt (s. oben). Namentlich steht den Gemeinden auch die Erbfähigkeit zu[12]). Ueberdieß gehören sie zu den durch ein mannigfaches ius singulare begünstigten Personen. Sie haben in Beziehung auf in integrum restitutio die iura minorum[13]), ferner sind die Privilegien, welche das Staatsvermögen genießt, wenigstens zum Theil auch dem Gemeindevermögen gegeben[14]), endlich haben sie noch außerdem ihre besonderen Vorrechte[15]).

Alle übrigen Corporationen werden unter diesem allgemeinen Ausdrucke, im römischen Rechte unter dem Worte corpora zusammengefaßt.

---

12) L. 12. C. de hered. inst. (6. 24.)

13) L. 4. C. ex qu. c. mai. (2. 54.) u. a.

14) Dahin gehört die Befreiung von der satisdatio, ferner daß das Gemeindeeigenthum der ordentlichen Usucapion entzogen ist, ferner das privilegium exigendi, das den Forderungen der Gemeinden nach Analogie des fiscalischen gegeben ist, wenn auch nicht in der Stärke des letzteren (simile privilegium fisco nulla civitas habet in bonis debitoris, nisi nominatim id a principe datum sit. L. 10. ad municip. (50. 1.)). Wenn den Gemeinden im römischen Rechte nicht auch ein gesetzliches Pfandrecht, wie dem Fiscus verliehen ist, so ist doch ein Analogon davon dadurch gegeben, daß wenn Darlehensschuldner derselben etwas von ihren Gütern veräußern, die Erwerber nach dem Verhältnisse der erworbenen Güter zu dem Vermögen, wie der Schuldner es hatte, in subsidium haften sollen. L. 2. C. de debit. civit. (11. 32.)

15) So namentlich in Beziehung auf die Verjährung ihrer Klagen. Noch ist zu erwähnen, daß die Verwalter des Gemeindegutes das periculum der von ihnen angelegten, oder während ihrer Verwaltung unsicher gewordenen Capitalien tragen, L. 9. §. 9. D. de admin. rer. ad civ. (50. 8.), L. 4. C. quo quisque ord. (11. 35.), L. un. C. de his qui ex off. (11. 38.); ferner, daß die Uebernehmer der Ausführung von opera publica für jeden Mangel haften, der sich innerhalb funfzehn Jahren nach der Vollendung zeigt. L. 8. C. de oper. publ. (8. 12.)

Sie unterscheiden sich von den Gemeinden dadurch, daß sie einen besonderen, mit dem Staatszwecke nicht identischen Zweck haben. Es ist hier nicht der Ort, die einzelnen Arten derselben, die bei den Römern erwähnt werden [16]), oder die heutzutage vorkommen, aufzuzählen, das Letztere ist schon deswegen unthunlich, weil die Zahl derselben auf keine Weise eingeschränkt ist, und in jedem Augenblicke neue Arten entstehen, wie bisher vorkommende verschwinden können. Dagegen ist folgende Classification, die sich nach dem Vorgange des römischen Rechtes unter diesen Corporationen machen läßt, von allgemeiner Bedeutung. Wenn gleich nämlich diese Corporationen nicht wie die Gemeinden die unmittelbare Verfolgung der Zwecke des Staates zu ihrer Aufgabe haben, so gibt es doch unter ihnen solche, deren Zweck insofern ein öffentlicher ist, als sie den Staatszweck zu unterstützen bestimmt sind, wie die Zünfte, die Universitäten (bei den Römern die collegia sacerdotum, decurionum, und die den heutigen Zünften entsprechenden), bei denen also das gemeine Beste unmittelbar in Aussicht steht, während andere für solche Zwecke bestehen, die zunächst und unmittelbar wenigstens blos privater Art sind, wenn auch mittelbar die Thätigkeit einer solchen Verbindung das öffentliche Interesse berühren mag, wie bei den Römern die societates publicanorum, und heutzutage Actiengesellschaften, wenn ihnen Corporationsrechte verliehen sind. Auch die Römer haben diese beiden Classen unterschieden, und vorzugsweise die erste collegia genannt, während sie für die zweite den allgemeineren, und nicht auf juristische Personen eingeschränkten Namen societates hauptsächlich gebraucht haben [17]). Beide unterscheiden sich in Beziehung auf die Erwerbung der juristischen Persönlichkeit. Das Subject der Persönlichkeit entsteht bei allen diesen Corporationen auf gleiche Weise: sie setzen eine Vereinigung mehrerer Personen für einen gemeinschaftlichen Zweck voraus [18]), und diese Verbindung muß eine erlaubte sein. Erlaubt aber kann sie sein entweder vermöge eines allgemeinen Gesetzes, welches gewisse Collegien für gewisse Zwecke gestattet, indem es andere verbietet [19]), oder durch

---

16) Diese antiquarischen Notizen sind zu finden bei Wassenaer und Dirksen a. a. O. Von praktischem Interesse wäre die Aufzählung nur wegen der besonderen Vorrechte, welcher manche Arten dieser Corporationen nach römischem Rechte theilhaftig sind, aber gerade von diesen besonderen Bestimmungen zu Gunsten einzelner Arten (z. B. des ordo decurionum, des corpus naviculariorum, fabricensium u. s. f.) ist heutzutage kein praktischer Gebrauch mehr zu machen.

17) L. 1. D. quod cuiuscunque univ. (3. 4.), vergl. auch L. 22. D. de fideiuss. (46. 1.) (— hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas.) In einem allgemeinen Sinne werden die societates den respublicae gegenübet gestellt in L. 31. §. 1. D. de furt. (47. 2.)

18) Ueber die Zahl der Personen, die für die Errichtung einer Corporation erforderlich ist, findet sich folgende Bestimmung im römischen Rechte: Neratius Priscus tres facere existimat collegium, et hoc magis sequendum est L. 85. D. de V. S. (50. 16.) Eine eigenthümliche Beschränkung, welche rein dem öffentlichen Rechte angehört, und darum nicht als recipirtes Recht betrachtet werden kann, ist die, daß Jemand nicht Glied mehrerer Collegien sein kann. L. 1. §. 2. D. de coll. et corp. (47. 22.)

19) Welche Collegien erlaubt sind, ist nach dem heutigen öffentlichen Rechte,

eine specielle Genehmigung der Obrigkeit, welche bei der Eingehung der Verbindung zu erholen ist. Bei den Corporationen der ersten Classe, den eigentlichen collegia, welche ihrem Zwecke nach den respublicae näher stehen, als die übrigen Corporationen, ist mit dieser allgemeinen oder speciellen Genehmigung auch die juristische Persönlichkeit gegeben, vermöge des allgemeinen Rechtssatzes, daß collegia licita juristische Personen sind. Bei anderen Gesellschaften dagegen, die entweder keine oder eine nur sehr entfernte öffentliche Beziehung haben, liegt in der Erlaubniß zu bestehen, die auch bei ihnen aus polizeilichen Gründen erforderlich sein kann, und die dann auch nur einen polizeilichen Charakter hat, noch keineswegs die Anerkennung derselben als juristischer Personen. Sie können die Persönlichkeit nur durch die specielle Ertheilung der Corporationsrechte von Seiten des Regenten erhalten. Außerdem sind es bloße Gesellschaften, deren juristisches Verhältniß blos das einer Obligatio unter den einzelnen Gliedern als einzelnen ist, bloße Mehrheiten von natürlichen Personen, welche nicht eine universitas, nicht eine juristische Person bilden[20]).

Die Anwendung der oben vorgetragenen Grundsätze von den juristischen Personen auf diese universitates personarum macht sich von selbst. Es ist in dieser Beziehung nur Folgendes noch hervorzuheben. Die Corporation besteht aus natürlichen Personen, aber nicht diese sind es, welche hier zur Sprache kommen, ja man muß von ihnen da, wo von der juristischen Person die Rede ist, ganz abstrahiren[21]). Dadurch eben unterscheidet sich die Corporation von einer bloßen Privatgesellschaft, in welcher mehrere Personen vereinigt sind, ohne etwas Anderes, als eben diese mehreren natürlichen Personen zu sein, ohne eine von ihnen verschiedene juristische Person zu bilden. Die Corporation ist daher immer dieselbe, wenn auch alle einzelnen Glieder, aus denen sie besteht, sich verändert haben (populum eundem hoc tempore putari, qui abhinc centum annis fuisset, cum ex illis nemo nunc viveret[22])), sie besteht, genau genommen, nicht blos aus den Gliedern, die gleichzeitig, sondern aus allen denen, welche successiv sie gebildet haben. Daher würde, wenn eine Corporation auf ein einziges lebendes Glied reducirt wäre, dennoch die juristische Person fortdauern, und von diesem einzigen Glied repräsentirt werden[23]). Mit dem Wegfallen freilich auch des letzten Gliedes würde die Gemeinheit ein gegenwärtiges Dasein zu haben, also zu existiren aufhören.

---

nicht nach dem römischen, dessen staatsrechtliche Bestimmungen nicht recipirt sind, zu entscheiden.

20) Für diese bloßen Gesellschaften, wie sie im Texte genannt sind, wird in L. 59. pr. D. pro socio (17. 2.) der Ausdruck privatae societates gebraucht, im Gegensatze gegen die Gesellschaften, welche Corporationen sind, z. B. die societas vectigalium.

21) Vergl. z. B. L. 2. D. quod cuiusc. univ. (Si municipes vel aliqua universitas ad agendum det actorem, non erit dicendum, quasi a pluribus datum sit haberi; hic enim pro republica vel universitate intervenit, non pro singulis.)

22) L. 76. D. de iudic. (5. 1.)

23) L. 7. §. 2. D. quod cuiusc. univ.

Nichts ist daher gewisser, als daß an den Rechten und Verbindlichkeiten einer Corporation die einzelnen Glieder keinen Theil haben. Das Subject der Rechtsverhältnisse ist nur das Ganze, die juristische Person, die ein von den Gliedern ganz verschiedenes Wesen ist. Dieß wird denn auch mit der größten Entschiedenheit in unserem geschriebenen Rechte erklärt: Ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intelligitur, sed universitatis. Et ideo tam contra civem, quam pro eo posse servum civitatis torqueri, Divi Fratres rescripserunt. Ideo et libertus civitatis non habet necesse veniam edicti petere, si vocet in ius aliquem ex civibus[24]). Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent[25]). Ganz anders bei einer Gesellschaft ohne Corporationsrechte, bei welcher man im gemeinen Leben wohl auch, aber nur ganz uneigentlich oder nur, indem man mit dem Collectivum der Gesellschaft alle Einzelnen meint, von Gesellschaftsvermögen spricht: das Eigenthum steht hier jedem einzelnen Mitgliede zu einem ideellen Theile zu (es ist Miteigenthum), und eben so sind die Einzelnen pro rata Subjecte der Obligationen, ein anderes von den Einzelnen verschiedenes Subject existirt in einer solchen societas privata nicht. Es ist nach den klaren Aeußerungen des römischen Rechtes kaum glaublich, daß über die totale Verschiedenheit der Corporationen von den bloßen Gesellschaften in diesem Punkte ein Mißgriff möglich sein sollte, und doch hat es keineswegs an Juristen gefehlt, welche gegen dieses Princip verstoßen haben. So ist dieß bei der Lehre von der Theilung der Gemeindegründe geschehen, wobei Manche geradezu von einem Miteigenthume der Gemeindeglieder gesprochen, und die Grundsätze von der actio communi dividundo angewendet haben[26]), während die Theilung unter die Gemeindeglieder eine reine Veräußerung, nicht anders als eine Veräußerung an Auswärtige ist. Von diesem Standpunkte aus würde der Beschluß der Theilung, wie der Beschluß einer sonstigen Veräußerung, also durch die Majorität der Gemeindeglieder, mit Genehmigung der die Oberaufsicht über die Gemeindeverwaltung führenden Regierung gefaßt werden können, und auch für die Art der Theilung und die Antheile der einzelnen Empfänger würde dieser Beschluß, unbeschadet wohlerworbener Rechte Einzelner (die als iura in re aliena zu betrachten sind), entscheiden, entweder ausdrücklich oder stillschweigend, stillschweigend indem der Beschluß einer Vertheilung ohne nähere Bestimmung eine Vertheilung in capita involvirt[27]). Es scheint unmöglich, von dem rein civilistischen Standpunkte des Eigenthums einer juristischen Person aus auf ein anderes Resultat zu kommen, und die Germanisten, welche diesen Standpunkt anerkennen, befinden sich, wenn sie ein anderes (obwohl den heuti-

---

24) L. 6. §. 1. D. de div. rer. (1. 8.)

25) L. 7. §. 1. D. quod cuiusc. univ., vergl. auch L. 1. §. 15. D. ad SC. Treb. (36. 1.) und Thibaut, civil. Abhandl. S. 391.

26) z. B. Krüll, Prüfung einzelner Theile des bürgerlichen Rechtes, II. 1. S. dagegen Runde, Beiträge zur Erläuterung rechtlicher Gegenstände, I. 1. Thibaut, civil. Abhandlungen Nr. 18.

27) S. besonders Thibaut a. a. O.

gen Verhältnissen angemesseneres Resultat daraus ableiten wollen[28]), in theoretischem Unrecht. Aber es fragt sich, ob dieser Standpunkt bei den teutschen Gemeindegütern durchweg zulässig sei? Kein Bedenken hat dieß bei den Gemeindegütern, die nicht in der gemeinen Benutzung der Gemeindeglieder stehen. Die compascua aber oder Allmanden dürfen nicht unter jenen civilistischen Gesichtspunkt gebracht, sie müssen vielmehr als ein Gesammteigenthum betrachtet werden, woran die Einzelnen zwar nicht ideelle Theile, wie beim Miteigenthum, aber doch Eigenthumsrechte haben. Dieses Princip führt natürlich zu anderen Consequenzen, worüber das Nähere dem Artikel Gemeinden vorbehalten bleibt. — Von dem Schicksale des Vermögens einer Corporation bei der Aufhebung derselben ist schon oben gehandelt, und das Ergebniß der vorhin aufgestellten Grundsätze gegen abweichende Ansichten in Schutz genommen worden.

G. F. Puchta.

**Corpus Evangelicorum** ist der Verein der die evangelische Kirche repräsentirenden teutschen Reichsstände[1]).

Die evangelische Kirche zerfällt zwar äußerlich in selbstständige Landeskirchen und betrachtet deren Einheit sowie die mit den Christen anderer Confessionen zunächst als eine innere und unsichtbare unter dem gemeinsamen Oberhaupte, welches Christus selbst ist; dennoch ist auch eine gewisse äußere Einheit aller Evangelischen, begründet durch die wesentliche Uebereinstimmung desselben Princips[2]), und gegenüber den anderen christlichen Parteien, niemals verkannt und geleugnet worden. Die letztere Beziehung insbesondere ist es, auf welche wir hier näher zu achten haben.

Der Anfangspunkt der evangelischen Kirche ist höchst verschieden angesetzt worden[3]). Entscheidend ist aber vorzüglich der Moment, in welchem dieselbe als eine eigene Partei, gegenüber der katholischen, betrachtet wird. Das wormser Edict vom 8. (publicirt am 26.) Mai 1521 spricht dieß zuerst aus. Bald erklärten sich nun auch einzelne Reichsstände für das neue Bekenntniß und traten auf dem Reichstage zu Nürnberg im

---

28) Vergl. Eichhorn, Einleitung ins t. P.-R. §. 373, und Runde a. a. O.

1) Die reiche Literatur darüber findet man verzeichnet in: Pütter, Literatur des teutschen Staatsrechtes, Bd. III, §. 978, 979 (S. 189—191), §. 1035—1038 (S. 248—255), §. 1199 (S. 429), §. 1515 (S. 732) u. a. Fortsetzung von Klüber, Bd. IV, dieselben §§. S. 209—212, 252—255, 353 u. a. Einzelnes weiter unten.

2) Im Allgemeinen liegen allen symbolischen Büchern der Evangelischen dieselben Principien zum Grunde; daher ist es in dieser Beziehung von geringerer Bedeutung, daß der Beschluß einer allgemeinen Kirchenordnung vom 22. December 1530 nicht ausgeführt (Schlegel, Kirchengeschichte von Nordteutschland, II. 147, 415 flg.), die auf Anlaß des Kurfürsten von Sachsen, Johann Friedrich, durch Luther, Melanchthon, Cruciger, Bugenhagen und Georg Major entworfene formula reformationis nicht recipirt (Seckendorf, historia Lutheranismi, III. 31. §. 119. p. 522 sq.), auch die Concordienformel nicht allgemein gebilligt wurde.

3) Vergl. meine Ausführung in Richter's krit. Jahrb. für teut. Rechtswissensch., Bd. II. 580 flg.

Anfange des Jahres 1524 gegen die Vollziehung des wormser Edicts auf, schlossen am 4. Mai 1526 den torgauer Bund und bildeten seitdem auf dem Reichstage ein besonderes corpus, welches die evangelischen Interessen vertheidigte. So ward der speyersche Abschied vom 27. August 1526 erkämpft, nach welchem jeder Reichsstand sich hinsichtlich des wormser Edicts gegen seine Unterthanen so verhalten durfte, wie er es vor Gott und dem Kaiser zu verantworten hoffen konnte. So erfolgte die Protestation und Appellation zu Speyer am 25. April 1529 und die Behauptung des Grundsatzes, daß in Angelegenheiten der Religion keine Stimmenmehrheit entscheidend sei, und alle die übrigen Thatsachen, welche die evangelische Kirche fester begründeten. So ward das schmalkaldische Bündniß eingegangen, und der nürnberger friedliche Anstand (sogenannter erster Religionsfriede) 1532 und der augsburger Religionsfriede 1555 erkämpft.

Da die evangelischen Stände vereinigt sich die Freiheit ihres Glaubens erwarben, kann man ihnen unbedenklich seit dem ersten Zusammentreten das Prädicat eines corpus Evangelicorum beilegen[4]), wenn schon der Ausdruck selbst sich erst später findet[5]). Eine Anerkennung der Corporation liegt bestimmt in den Unterhandlungen des Kaisers und Reichstages mit den evangelischen Ständen. Als daher späterhin an der Rechtmäßigkeit einer Sonderung der evangelischen Fürsten als corpus Evangelicorum[6]) und der katholischen als corpus Catholicorum[7]) gezweifelt wurde[8]), erklärten jene: Nach der Zeit des errichteten Religionsfriedens hat man evangelischer Seits nebst dem absonderlichen Directorio (darüber nachher) eigene Bedenken und Religionsbeschwerden übergeben und publice ohne Widerrede verwaltet, was einem corpori zusteht, so daß schon anno 1582 auf dem Reichstage zu Regensburg es ein Herkommen genannt worden[9]), — und äußerten, als man ihnen den Aus-

4) Die Streitfrage über den Anfangspunkt ist daher ziemlich bedeutungslos (m. s. Posselt, historia corporis Evangelicorum (Kehl. 1784, 8.), §. VIII. p. 19 sq.).

5) S. Joh. Jac. Moser, von dem Ausdrucke corpus Evangelicorum. Regensburg 1772, 4. Estor, von dem Dasein und der Benennung des corporis Evangelicorum (in dessen kleinen Schriften II. 4. Nr. 26).

6) Auf dem Reichstage von 1598 äußerte der österreichische Gesandte: daß in Gewissenssachen nicht wie in anderen Sachen, sondern durch besondere Räthe gehandelt werde, also daß die Katholischen einen besonderen Rath, und die anderen auch einen besonderen Rath hätten (Schauroth, Sammlung aller Conclusorum II. 793). Im J. 1700 verhieß Kaiser Leopold I. für die Erledigung der Religionsbeschwerden zu sorgen „sobald dieselben vom corpore Augustanae confessionis an ihn würden gebracht werden" (Schauroth a. a. O. II. 823). Den Ausdruck corpus Evangelicorum brauchte der Kurfürst von Mainz 1719 (Faber, Staatscanzlei, XXXV. 366). M. s. überhaupt noch Posselt, systema iurium corporis Evangelicorum (Kehl. 1786, 8.), p. 50 sq.

7) Beispiele für den Ausdruck vom Jahre 1700 (Schauroth a. a. O. II. 792), 1703 (Faber a. a. O. IX. 51), 1709 (daselbst XV. 156) u. v. a.

8) M. s. z. B. das Commissionsdecret Karl's VI. vom 12. April 1720 (Schauroth a. a. O. II. 641 flg.) u. a.

9) Schauroth a. a. O. II. 793.

druck corpus ſtreitig machen wollte: es könne ihnen ganz gleich gelten, ob man ſie für ein Corpus, Societät, Collegium, Gemeinheit oder für einen Reichstheil halten wolle, wenn ihnen nur dasjenige frei bliebe, was ihnen die Reichsgeſetze beilegten, was wohl hergebracht, ſo oft ſelbſt anerkannt, und wovon der Grund wäre, daß ihnen Zuſammenſetzungen, Bündniſſe und Vereinigungen zu machen erlaubt, und in den Reichsgeſetzen und Wahlcapitulationen darüber zu halten verſprochen ſei[10]). Demgemäß beſtand das corpus, als ſolches, nach wie vor, in ſeiner Bedeutung und Einrichtung fort, obgleich auch ſpäter gegen daſſelbe Bedenken und Proteſtationen erhoben wurden, wie namentlich Seitens der katholiſchen Stände am 15. Juni 1752 geäußert ward[11]): Es haben die Katholiſchen ſich darüber höchlich zu verwundern gehabt, daß die Geſandtſchaften der augsburgiſchen Confeſſion nicht nur ſich die Benennung eines beſonderen Körpers zueignen, ſondern auch den Katholiſchen ſolche beilegen wollen. Da nun aber die dieſſeitigen Grundſätze bekannt ſind, welche ſo wenig als die theure Reichsverfaſſung ſelbſt von dergleichen beſondern corporibus wiſſen, und vielmehr nach Anleitung des Art. V, §. 52, des weſtphäliſchen Friedens, in ſolchen Fällen, wo die Stände als ein corpus nicht angeſehen werden können, die Katholiſchen, dann die der augsburgiſchen Confeſſion Zugethanen, als beſondere Theile betrachten, und man anmit weder den anderen Religionstheil für ein corpus, noch ſich ſelbſt dafür geriren kann; ſo ſieht man dieſerwegen eben ſo wohl eine Reſervation einzulegen, und dieſes feierlich zu widerſprechen ſich genöthigt. — Dennoch behauptete ſich das corpus Evangelicorum, dem begründeten Rechte gemäß[12]), bis zur Auflöſung des teutſchen Reiches.

Als eine Corporation hatte das corpus Evangelicorum eine beſtimmte Verfaſſung und Verwaltung.

Mitglieder waren alle teutſchen Reichsſtände evangeliſchen Bekenntniſſes. In dieſer Qualität gehörten auch Großbritannien, Schweden und Dänemark dazu, Kurſachſen aber rückſichtlich des Landes, nachdem der Regent katholiſch geworden.

Die obere Leitung der Religionsangelegenheiten[13]) bei der anfänglichen Entwickelung der Reformation hatte der Kurfürſt von Sachſen. Später übernahm Kurpfalz das Directorium, während des dreißigjährigen Krieges Schweden, in der Zeit der Friedensverhandlungen Sachſen-Altenburg, und ſeit 1653 wieder Kurſachſen. Als 1697 Friedrich Auguſt I. zur katholiſchen Kirche übertrat, überließ er die Leitung Friedrich II. von Gotha, unter Mitwirkung des geheimen Rathscollegiums zu Dresden. Seit 1700 trat unter gleichem Verhältniſſe der Herzog Johann Georg von Weißenfels an die Spitze. Als im J. 1717 auch Friedrich Auguſt II. von Sachſen ſich zur katholiſchen Confeſſion bekannte, entſtanden

10) Vgl. überhaupt Schauroth, II. 759 flg.
11) Schauroth, III. 999 flg.
12) M. ſ. Leiſt, Lehrbuch des teutſchen Staatsrechtes (Gött. 1803, 8.), §. 73. Gönner, teutſches Staatsrecht (Landshut 1804, 8.), §. 196, 197.
13) Aug. Joh. Dan. Arpini, diss. hist. de directorio corporis Evangelicorum. Rostochii 1757. Pütter, Lit. cit. III. u. IV. §. 979.

wegen des Directoriums Streitigkeiten, doch verblieb daſſelbe unter den erforderlichen Cautelen bei Sachſen.

Das corpus ſelbſt, repräſentirt von den Geſandten der Mitglieder, hielt regelmäßig alle 14 Tage eine Sitzung (Conferenz), und faßte Schlüſſe (conclusa) ab, regelmäßig nach der Stimmenmehrheit. Dieſe conclusa ſind im Allgemeinen den Reichsgeſetzen gleich zu achten, wurden daher auch in den einzelnen evangeliſchen Staaten recipirt und erſcheinen ſomit als eine Quelle des gemeinen evangeliſchen Kirchenrechtes [14]), deren Autorität darum auch durch die Auflöſung des Reichsverbandes nicht aufgehoben werden konnte, da ſie, wie die Reichsgeſetze, in der Geſtalt des Territorialrechtes fortgelten [15]). Die Befugniſſe des corpus ſelbſt folgen im Uebrigen aus dem Zwecke deſſelben, die evangeliſche Kirche nach Außen hin zu vertreten, und zugleich die innere Einheit zu bewahren und zu erweitern. Daraus ergibt ſich insbeſondere das Recht zu Interceſſionen, zu Garantien, zu Beſeitigung jeglicher Religionsbeſchwerden u. ſ. w. [16])

Seit der Regeneration des kirchlichen Lebens nach den Befreiungskriegen iſt mehrfach der Wunſch einer Herſtellung des corpus Evangelicorum [17]) ausgeſprochen worden [18]). Zwar ſcheint derſelbe, inſofern als eine förmliche Scheidung der Stände dadurch herbeigeführt werden könnte, nicht annehmbar, auch ein eigentliches Bedürfniß dazu nicht vorhanden, indem die älteren Grundſätze über itio in partes u. ſ. w. auch jetzt noch rechtlich beſtehen [19]), indeſſen dürfte ein gemeinſameres Wirken der Bundesglieder bei den neu erwachten hierarchiſchen Beſtrebungen der Curie

---

14) S. überhaupt Glück, praecognita uberiora universae iurisprud. eccl. §. 64. — M. ſ. v. Schauroth, vollſtändige Sammlung aller conclusorum, Schreiben und anderer Verhandlungen des corporis Evangelicorum von 1663—1752, Regensburg 1751, 1752, 3 Th. Fol., fortgeſetzt von Nic. Aug. Herrich, von 1753—1786, Regensburg 1786, Fol.

15) S. auch Weiß, im Archiv der Kirchenrechtswiſſenſchaft, II. 40 flg.

16) Vgl. Oertel, vollſtändiges corpus gravaminum Evangelicorum (Regensburg 1775, 4 Thle, Fol.) u. a. m.

17) Theilweiſe war die Fortdauer des corpus auch ſeit der Aufhebung des teutſchen Reiches behauptet worden (m. ſ. z. B. Aler. Müller, die neu aufleben de Schirmvoigtei des öſterreichiſchen Kaiſers über die römiſch-katholiſche Kirche und dem päpſtlichen Stuhl, Erfurt 1829, 8.); doch entbehrt dieſe Anſicht jedes hinreichenden Grundes, denn die Behauptung, der teutſche Bund ſei in die Stelle deſſelben getreten, ſchon um den Art. XVI der Bundesacte aufrecht zu erhalten (ſ. Aler. Müller, über die Nothwendigkeit der Reorganiſation des corpus Evangelicorum auf dem Bundestage der Teutſchen. Leipzig 1830, 8.), erſcheint nichts weniger als beweiſend. (M. vergl. dagegen die folg. Anm. cit. Abhandlung.)

18) Genauere literariſche Nachweiſungen, nebſt eigener Entwickelung findet man bei: Weiß, über die behauptete Nothwendigkeit der Reorganiſation des corpus Evangelicorum auf dem teutſchen Bundestage; in Deſſelben Archiv der Kirchenrechtswiſſenſchaft, II. Nr. I. S. 3—45.

19) Daß in Religionsangelegenheiten durch Stimmenmehrheit der Bundesglieder ein Beſchluß nicht gefaßt werden könne, iſt ausdrücklich in der Bundesacte Art. VII, und in der wiener Schlußacte Art. XIII, Nr. 4, anerkannt worden.

wohl durchaus zu billigen sein, ja selbst für höchst dringend erachtet werden müssen. H. F. Jacobson.

**Culpa,** Schuld, Verschulden, Fahrlässigkeit, diligentia, negligentia, custodia, Unachtsamkeit, Unbedachtsamkeit, Verwahrlosung. Wenn in irgend einer Materie die neuere juristische Literatur Verdienste hat, so ist es in der so vielseitig bearbeiteten und beleuchteten Lehre von der culpa, welche in unserem corpus iuris so vorzüglich entwickelt, auch da, wo dieses durch neuere Codificationen sein gesetzliches Ansehen eines Hilfsrechtes verloren hat, als classisches Muster für die Jurisprudenz alle Zeit fruchtbar und leitend bleiben wird. Diese Verdienste der neueren Literatur sind so entschieden, daß von älteren Schriftstellern nur noch Einer genannt zu werden verdient, dessen aus der Vergessenheit hervorgezogene originelle Ansichten jedoch auf die Richtung der jüngsten Bestrebungen vom wesentlichsten Einflusse gewesen sind [1]). Es bleibt nichts übrig, als diesen Reichthum auf einfache Resultate zurückzuführen, wie sie der Praktiker verlangt.

Was zuvörderst die Bedeutung oder den Begriff der culpa betrifft, so ist man einig darüber, daß dieselbe im weitesten Sinne dem Begriffe der iniuria, ebenfalls im weitesten Sinne genommen und abgesehen von der engeren Bedeutung einer angethanen Schmach, innig verwandt ist und auch den dolus umfaßt. Es wird damit sowohl die objective, als subjective Widerrechtlichkeit bezeichnet, und diese beiden Beziehungen gehören so wesentlich zu einander, daß sie eine wahre Polarität ausdrücken. Indessen bezieht sie sich doch hauptsächlich auf die letztere, auf das positive Merkmal der Zurechnung, welche einen freien Urheber der objectiven Widerrechtlichkeit fixirt, während die letztere nur secundario

---

1) Hugo Donelli, commentarii iuris civilis, l. XVI. c. 6. 7. — Franz Schömann, Lehre vom Schadenersatz, Bd. I, und Handbuch des Civilrechtes, I. Nr. V, S. 161—361. — Egid v. Löhr, die Theorie der Culpa. Gießen 1806. Eine trotz mancher Einseitigkeiten durch ihre Frische noch immer anziehende Schrift. — Schömann, Prüfung der Theorie der Culpa des Herrn v. Löhr. Gießen 1806. — v. Löhr, Beiträge zu der Theorie der Culpa. Gießen 1808. Dem durch beide literarische Gegner, besonders in unseren kritischen Blättern angeregten lebhaften Streit folgte das Hauptwerk: Hasse, die Culpa des römischen Rechtes (Kiel 1815), in einer vermehrten Ausgabe besorgt und mit Zusätzen vom Herausgeber von A. Bethmann-Hollweg, Bonn 1838. — Desselben Recension der Schrift: Essai sur la prestation des fautes, ou l'on examine, combien les lois Romaines en distinguent d'especes par Lebrun, avec une dissertation de Pothier (Paris 1813), in der Zeitschrift für hist. Rechtswissenschaft, IV. Nr. 5, und in der zweiten Ausgabe als Anhang abgedruckt. — C. Fr. Elvers, doctrinae iuris civilis rom. de culpa lineamenta. Gött. 1823. — P. T. Kritz, über die Culpa nach römischem Rechte. 1823. — Friedrich Hänel, Lehre vom Schadenersatze, §. 11—60. — Eine besondere Erwähnung verdienen noch Hagemeister, welchen Einfluß hat das Obligationsverhältniß auf die Klage aus der lex Aquilia. Grolman's Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, III. 2. S. 145. Roßhirt, zwei Bemerkungen zu dieser Lehre, dessen Zeitschr. II. S. 49 flg. Hallische allgem. Literaturzeitung, 1818, August, Nr. 194 flg. Recension der ersten Ausgabe von Hasse.

oder als unerläßliche Bedingung in Betrachtung kommt, da die Güter und Intereſſen, welche die Rechtsordnung zu ſichern beſtimmt iſt, auch durch Natururſachen verletzt werden, für welche Niemand verantwortlich gemacht werden kann, ihre Verletzung ſelbſt durch Perſonen oft dadurch den Charakter ihrer Widerrechtlichkeit verliert, daß ſich dieſe in unvermeidlicher Ausübung ihres Rechtes befinden, oder in einer Lage, welche jedes Bewußtſein einer ſolchen Widerrechtlichkeit oder ihrer Folgen ausſchließt, ſei es nun, daß dieſes Bewußtſein völlig unmöglich geworden iſt, oder ſei es, daß der Anſpruch auf dieſes Bewußtſein die Zurechnung über alle Gebühr ſteigern würde; daher bemerkt der in Anmerk. 2 allegirte Recenſent: „Culpa drückt eigentlich die innere (ſubjective) Unerlaubtheit (namentlich alſo auch Widerrechtlichkeit) der Handlung oder Unterlaſſung (die Zurechnungsfähigkeit derſelben) aus. Weil aber die Widerrechtlichkeit an ſich und die innere Widerrechtlichkeit vereinigt ſein müſſen, wenn eine wahre Widerrechtlichkeit vorhanden ſein ſoll, ſo müſſen wir es natürlich finden, daß in Fällen, wo die culpa fehlt, die iniuria geleugnet wird, und umgekehrt die iniuria, wo es an der culpa gebricht. Eben darum möchte es vielleicht nicht nöthig geweſen ſein, zwei Bedeutungen von culpa anzunehmen, eine erſte (Unerlaubtheit überhaupt) und eine zweite (ſubjective Unerlaubtheit), indem dieſe letztere die urſprüngliche und eigentlich alleinige iſt.“ — Dieſe Bemerkung iſt für die Begriffsbeſtimmung an ſich richtig und leuchtet aus dem einfachen Grunde ein, weil nur die Kräfte der Natur ein von der praktiſchen Vernunft unabhängiges Daſein haben, welches ſelbſt das Thier durch Neigung oder Furcht anerkennt, wohingegen der Rechtszuſtand zuletzt nur in einem durch Bewußtſein vermittelten Verhältniſſe freier und gleichartiger Weſen beſteht. Da aber dieſe moraliſche Welt in der phyſiſchen für uns und unſeres Gleichen ſo wirklich iſt, als die Elemente der Körperwelt, ſo iſt jene Sonderung [2]), welche dem poſitiven Pole, wenn ich mich ſo ausdrücken darf, ſeinen negativen zugeſellt, doch unvermeidlich und, wie wir bald ſehen werden, nichts weniger als unfruchtbar.

So wie nun die culpa im weiteſten Sinne eine jede imputable Rechtswidrigkeit iſt, ſo wird ſie im engeren und eigentlichen Sinne dem dolus entgegengeſetzt, welcher als ein mit Wiſſen und Willen verübtes Unrecht, beſonders an dem Motiv der Bosheit oder des Eigennutzes erkennbar (nicht blos aus dem animo lucri faciendi, welche von Löhr'ſche Behauptung von Schömann beſtritten und von Haſſe [3]) gründlich widerlegt iſt), ſo unzweideutig in das Gebiet der Zurechnung fällt, daß darüber nur im Affecte oder in der Betrunkenheit gegründete Bedenken entſtehen können, welche aber, wenn es ſich von blos privatrechtlichen Folgen handelt, kaum in Betrachtung kommen. In dieſer eigentlichen Bedeutung bezeichnet daher die culpa diejenigen Begehungs- oder Unterlaſſungshandlungen, welche, objectiv widerrechtlich und obgleich ſelbſt oder

2) Vergl. Haſſe a. a. O. 1. Cap. per totum, beſonders §. 10. — Der vermiſchte Gebrauch der Worte erhellt beſonders daraus, daß das damnum iniura datum, eben ſo oft culpa datum genannt wird.

3) A. a. O. 3. Cap. §. 18.

doch in ihren Folgen nicht beabsichtigt, gleichwohl auf Freiheit noch bezogen werden können, und daher in die Zurechnung fallen. Daß unser gemeines Recht in der Bestimmung des Begriffs dolus im engsten Sinne, in welchem er die culpa lata ausschließt, nicht blos auf die Gewißheit des vorausgesehenen Erfolges sieht, und auf die Triebfeder einen sehr starken Accent legt, darin muß man dem hallischen Recensenten beipflichten und in dieser Beziehung war v. Löhr wenigstens auf der rechten Spur. Was aus Mitleid, aus Gefälligkeit, ja aus bloßem Muthwillen geschieht, wird von unseren classischen Juristen mehr als Schwachheits-, denn als Bosheitssünde gewürdigt, weil besonders die beiden erstgenannten Motive an sich wohlwollende sind, die nur durch Abirrung, gewöhnlich nur durch Unterlassungsfehler schaden. Doch haben sie dieß gewiß nur unter der Voraussetzung gemeint, daß die widerrechtliche Handlung nicht in einem zu argen Mißverhältniß steht, um auf diese Weise entschuldigt werden zu können und gewiß nicht so, daß sie den auf diese Weise beschönigen wollten, der einem Freunde oder einer Geliebten zu Gefallen einen Mord verübt, oder durch sonst eine grausame Handlung (saevitia) sich im Bösen stark beweist. Wir sind zwar überzeugt, daß in ihrem Geiste der Soldat, welcher auf dem Schlachtfelde seinem tödtlich verwundeten Cameraden auf seine Bitte den Rest gibt, blos um seine Qualen früher zu enden, nicht als doloser Todtschläger bestraft werden durfte, nicht minder aber, daß die civilrechtlich dem dolus ganz gleich erachtete culpa lata in ihrem Extreme, wo sie unter der Gestalt unsers dolus eventualis, den man in den Erfolg als einwilligend annehmen darf, die Stärke des bösen Willens genügend bewährt hatte, auch im Strafrechte gleichgestellt wurde.

Daß, wie gesagt, beim dolus die charakteristischen Bedingungen der culpa im weitesten Sinne zutreffen, darüber wird sich auch der Mann, der blos speculirt und mit abgezogenen Begriffen spielt, nicht leicht an Schwierigkeiten stoßen. Denn da haben wir nicht blos eine Schlechtigkeit, sondern eine Stärke des bösen Willens, welche zu der Widerrechtlichkeit antreiben und deren Spannkraft eine Reaction in der Rechtsordnung hervorrufen muß. Selbst im Strafrechte hat die Abschreckungs- oder psychologische Zwangstheorie hier nicht Ursache, ihre Consequenz zu verleugnen, weil hier ein Inneres dem Aeußeren, oder dem objectiven Thun und Lassen, womit man allein eine Drohung verbinden kann, welche gegen den Gewarnten das Recht der Zufügung erst begründen soll, vollkommen entspricht. Aber wie läßt sich eine solche Theorie in ihrem Geiste anwenden, wenn der Handelnde sich gerade derjenigen Widerrechtlichkeit, für welche er, sei es auch in geringeren Graden, eigentlich büßen soll, sich gar nicht bewußt gewesen, oder, wenn er sie auch als möglich voraussah, dieselbe wenigstens nicht bezweckt hat, und folglich auch durch keine darauf gesetzte Drohung gewarnt werden konnte, weil diese Widerrechtlichkeit aus einem ganz anderen, an sich nicht besonders bedrohten Unternehmen erfolgte? — Und wie lassen sich gesetzliche Drohungen in das Unendliche durchführen, oder wie läßt sich eine positive Drohung in eine unbestimmbare Mannigfaltigkeit von Fällen ausdehnen, in denen man nothwendig

den Bedrohten als Geschäftsmann in Sachen des Rechtes, als seinen eigenen Gesetzgeber voraussetzen muß, den der Richter nach diesem jeder Berechnung spottenden und unmöglich vorzusehenden eigenen Maßstabe beurtheilen muß? — Verbindet man damit eine einseitige Rechtsphilosophie, welche das Recht von der Sitte mit einer zu schneidenden Schärfe trennte, in der Rechtslehre von der Idee der Freiheit, als einem transcendenten Begriffe, und von jeder Forderung einer über der Furcht stehenden edleren Triebfeder, als einer Verunreinigung der Wissenschaft abstrahirt wissen wollte, so konnte es nicht an speculativen Zweifeln darüber fehlen, ob die juridische Zurechnung über den dolus hinausgehe. Wirklich haben wir einen schriftstellerischen Versuch, welcher die culpa als reinen Verstandesfehler, der sich nur uneigentlich zurechnen lasse, darstellt und sie als eine der Jurisprudenz untergeschobene Geburt der Zuchtpolizei behandelt [4]), freilich aber auch in manchen sophistischen Voraussetzungen abspringt. Daß das classische Alterthum sich in der Speculation so weit nicht verstiegen hat, lag schon in seiner Ethik, welche unter den vier Cardinaltugenden, welche der seiner eigenthümlichen Natur gemäß lebende Mensch zu cultiviren habe, neben der Gerechtigkeit und Mäßigung, auch die Klugheit und Tapferkeit entwickelte, und der gesunde Verstand wird ihm beipflichten, weil nun einmal ein gewisser Grad von Unbesonnenheit und Bethörung in der Welt nicht weniger Uebel anrichtet, als die Bosheit, und weil Schwäche eben so wohl grausame als schändliche Handlungen hervorbringt, obgleich sich nicht verkennen läßt, daß Einsicht und Geistesgegenwart so sehr vom Talente, als Muth, Entschlossenheit und Beharrlichkeit von der Eigenschaft des Temperaments abhängen, die sich nicht Jeder geben kann, und daß eine billige Beurtheilung hierin nicht Alle gleich behandeln darf. Es darf daher nicht befremden, wenn unser corpus iuris es als etwas sich von selbst Verstehendes voraussetzt, daß die Unkenntniß, die Unerfahrenheit, die Ungeschicklichkeit, die Schwäche ꝛc. so gut verantwortlich machen können, als die Einmischung in Dinge, die uns nicht angehen, und die Ausschweifungen aus der eigenen Rechtssphäre, möge sich auch der Uebermuth dieselben nur als ungebührlichen Scherz erlauben, ohne an die daraus erfolgenden Nachtheile zu denken.

Zwei Hauptgrundsätze dürften bei der Zurechnung nicht gewollter oder nicht bedachter Folgen leitend sein. Erstlich, ist die Handlung so beschaffen, daß der Handelnde sich der objectiven Widerrechtlichkeit derselben bewußt sein mußte, so muß er diese Folgen mindestens privatrecht-

---

4) Untersuchungen über das culpose Verbrechen von L. H. v. Allmendingen. Gießen 1804. Ein Hauptfehler, dessen Einsicht den Verf. wahrscheinlich auf andere Gedanken gebracht hätte, ist der, daß er die nahe culpa, wo der Handelnde die Folge als blos möglich voraussieht, schon für dolus, und blos die entfernte culpa für eine reine hält. Da aber auch die letzte eine grobe sein kann, weil es Thatsache ist, daß die Kraft eines redlichen Willens durch die Nähe des Uebels auch die Vorstellung desselben geweckt haben würde, so hätte es nur noch eines Schrittes bedurft, um einzusehen, daß nicht jeder Irrthum als unschuldig betrachtet werden darf. Indessen bleibt dieser Schrift das Verdienst, das Ungenügende der gewöhnlichen Deductionen aufgedeckt zu haben.

lich vertreten, sobald ihr Causalzusammenhang ein unmittelbarer ist, besonders wenn dadurch eine Sache oder Person körperlich verletzt, verdorben oder Jemand um eine körperliche Sache so gebracht wird, daß sie für ihn unter den Umständen unwiederbringlich verloren ist, kurz im Falle der lex Aquilia und der dieser analog nachgebildeten Entschädigungsklagen. Einer objectiven Widerrechtlichkeit steht aber schon jede Freiheit gleich, welche man sich auf einem fremden Rechtsgebiete herausnimmt, eben das, was die Pandektenfragmente bald als lascivia, als lusus noxius, bald als ein immiscere rei ad se non pertinenti, in re aliena quid committere etc. bezeichnen. So unterliegt es wohl keinem Zweifel, daß derjenige, welcher in einem fremden Hause eine Stubenthür öffnet, ohne, so weit es die Sitte fordert, was freilich bei einer, jedem Gaste die Erlaubniß zum Eintritt im Voraus gestattenden, Wirthsstube der Fall nicht wäre, vorher anzuklopfen, den Schaden ersetzen muß, wenn er mit der geöffneten Thüre einen Präsentirteller mit Porzellan anstößt, den ein Bedienter in der Hand trägt, mag man ihm gleich ohne Betheurung glauben, daß er an einen solchen Zufall entfernt nicht gedacht hat. Sollte auch der Bediente sich dem Aufschlag der Thüre, durch die auch Hausgenossen eingehen konnten, zu unvorsichtig genaht haben, dieß begründet, da das von der guten Sitte geforderte Klopfen gewarnt haben würde, für den Hausherrn nur die Wahl, an wen er sich halten will. Ebenso muß derjenige, welcher sich den an manchen Orten im Schwange gehenden und gewöhnlich unschädlich ablaufenden Scherz erlaubt, Jemandem Erbsen an die Fenster zu werfen, es unstreitig entgelten, wenn durch einen noch so seltenen und von ihm unmöglich zu errathenden Zufall unter die Erbsen in seiner Tasche Kieselsteinchen gerathen, welche, ohne daß er sie in der Hand gewahr wurde, die Scheiben zertrümmern, und da die Neckerei auf einen vorübergehenden Schrecken der Hausbewohner berechnet ist, so ist, obgleich hier die alten Juristen nach ihrer Subtilität schon verschiedener Meinung gewesen sein dürften, wohl auch der Schaden zu vertreten, welcher daraus entsteht, daß ein Weibsbild in diesem Schrecken etwas fallen läßt. Wenn aber der Geneckte sich über die Posse entrüstet, den Urhebern derselben nachläuft, darüber das Feuer zu verwahren vergißt, oder eine ihm einträgliche oder ihm eine Strafe zuziehende Verrichtung versäumt, so kommen diese blos mittelbar veranlaßten Nachtheile nicht in Betrachtung, obgleich das unmittelbar Zerstörte mit allem damit zusammenhängenden Interesse ersetzt werden muß, welche schwierige Lehre von uns unter eigenem Artikel erörtert werden wird. Genug der in illicito Versirende muß jeden Schaden, ohne Unterschied, sei er damnum emergens oder lucrum cessans iam certum, vertreten, der als nächste Folge seines Treibens zu betrachten ist und keiner nicht erst dadurch in Wirksamkeit gesetzten Zwischenursache zu seinem Eintritt bedarf, ohne daß es auf Einsicht und Voraussicht dieser Folgen ankommt, und dieser erste Grundsatz [5]) ist der Schlüssel zu L. 44. D. ad legem Aquiliam

5) Gern kehren wir in dieser Beziehung zu v. Löhr, Theorie der Culpa, S. 41 u. 42, zurück, welcher in der Sache mit uns übereinstimmt. Noch kla-

(9. 2.) und dem darin gebrauchten Superlativ: in lege Aquilia et levissima culpa venit. Sehr irrig würde man sie auf den Grad der subjectiven Widerrechtlichkeit beziehen, als ob da, wo es sich von angerichtetem Schaden handele, die Zurechnung über alle Grenzen ausgedehnt werden dürfe. Sie ist vielmehr von jeder objectiven Widerrechtlichkeit, von jedem Eingriffe in fremde Rechte, jeder Ungebühr und Eigenmächtigkeit, welche der Handelnde sich nicht verschweigen konnte, zu verstehen, mag auch derselbe keine Ahnung gehabt haben, daß sein Treiben so ausgehen oder ein solches Ende nehmen werde. So setzt sich nach der L. 7. §. 5. eodem derjenige, welcher einem fremden Sclaven einen leichten Streich versetzt hat, nicht etwa blos einer Klage wegen der von ihm eigentlich bezweckten Injurie von Seiten des Herrn, sondern der Klage auf Wertherstattung mit allem Interesse aus, welches Interesse bei einem noch so geringen Werthe eines kranken Sclaven doch von Bedeutung sein konnte, im Falle derselbe zum Erben eingesetzt und die Erbschaft bereits angefallen war, wenn dieser Streich dem Sclaven unglücklicher Weise individuell tödtlich geworden ist, und ähnliche Beispiele, daß Jemand einen bloßen Muthwillen sehr empfindlich büßen muß, kommen unter diesem Titel genug vor.

Dieser motus ponens imputationis trägt folgende Einschränkungen in sich. 1) Wenn mit ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung, oder gar auf Geheiß des Beschädigten gehandelt wurde, und dieser über das Seine zu verfügen berechtigt war. Als Beispiel stillschweigender Einwilligung dient der Fall, wenn Jemand, der sich mit uns im Ringen übt, oder irgend ein Kampfspiel eingeht, von uns ohne unsere Absicht an seiner Person oder nach den Gesetzen des Spieles an seinen Sachen verletzt worden ist. 2) Wenn der Beschädigte sich in gleicher Schuld befand, deren Retorsion er sich nach dem Grundsatze der Rechtsgleichheit gefallen lassen mußte, wie es namentlich bei einer Schlägerei der Fall, die der Verletzte selbst angefangen hatte. Die Hauptstelle hierüber ist die L. 52. §. 1. D. 9. 2.[6]). Endlich aber da 3) in so weit Zu-

---

rer spricht sich übrigens Hagemeister, a. a. O. S. 147, 148, darüber aus. Ueber die bei Hasse, C. 1, §. 8, N. 2, bemerkte Streitfrage, ob zwischen dem causam damni praestare und dem occasionem damni praestare der L. 30. §. 3. eodem ein Unterschied sei, müssen wir seiner Bejahung gegen den hallischen Rec. beipflichten. Ersteres bezieht sich auf die volle Ursache, Letzteres auf einen hinzutretenden äußeren Umstand, der den Schaden vermittelte. Diese hinzutretende Ursache muß aber zur Zeit der schädlichen Handlung schon vorhanden gewesen und dadurch in Wirksamkeit gesetzt sein. Deswegen finden wir zwischen dieser Gesetzstelle und der L. 57. D. locati keinen Widerspruch. Zur Zeit der Anhäufung der Erde an die Mauer war keine Nässe vorhanden und diese trat erst durch eingefallenes anhaltendes Regenwetter ein. Das Factum der lex Aqu. war also so wenig vorhanden, als bei dem Anzünden der Saat an einem windstillen Tage, oder in dem §. 5 der L. cit. 30., wenn der blos verwundete Sclave hinterdrein durch Vernachlässigung dieser an sich nicht lebensgefährlichen Wunde umkommt, welche von einer auch nur individuell tödtlichen Verletzung sehr verschieden ist. Die gleiche Unterscheidung haben die Criminalisten bei dem Thatbestande der Tödtung stets anerkannt. Vgl. württ. St.-G. 2. Art. 235.

6) Consulebat num damnum iniuria non videtur dedisse, quoniam prior

rechnung erforderlich bleibt, als Jemand der Unerlaubtheit seines Treibens sich im Allgemeinen bewußt gewesen sein mußte, wenn er gleich den in eine größere Widerrechtlichkeit ausartenden Erfolg nicht vorausgesehen, so kann so wenig in dieser, als in der folgenden Beziehung von einer culpa die Rede sein, wenn der Urheber des Schadens ein Wahnsinniger, ein Kind oder ein noch nicht zur Unterscheidung gelangter Unmündiger, und folglich einer subjectiven Widerrechtlichkeit gar nicht fähig war. Man hüte sich aber ja, diese die Regel bestätigende Ausnahme absoluter Unfähigkeit auf einen bloßen die Zurechnung vorübergehend auf Null herabsetzenden Zustand auszudehnen, welcher vor dem Criminalrichter von Strafe befreit. Wer, um sich aus einer Lebensgefahr zu retten, eine fremde Thüre eintritt oder in einer anderen Noth fremdes Eigenthum zerstört oder entwendet, bleibt civilrechtlich zum Schadenersatze gehalten, so ungroßmüthig auch eine solche Anforderung unter Umständen erscheinen kann, und dieß geht so weit, daß sogar derjenige, welcher sich im Stande der Nothwehr befindet, dafür verantwortlich gemacht wird, wenn er durch einen Steinwurf, welcher dem Angreifer galt, einen Vorübergehenden getroffen hat, L. 45. §. 4. D. eodem, wiewohl es auch, gleich einer anderen Ausnahme von der Regel: casum sentit dominus, nämlich der Ersatzpflicht des Miethers eines Grundstücks für Bäume, welche feindselige Menschen aus Privathaß gegen seine Person oder ihm zum Possen verderben, als ein diese Person treffender Zufall betrachtet werden kann. Ganz im Einklange hiermit behaupteten unter den cassischen Juristen Labeo und Servius, daß zwar die Obrigkeit berechtigt sei, einer Feuersbrunst durch Niederreißen von Häusern Einhalt zu thun, daß aber ein Privatmann, der sich dieß an fremdem Eigenthume zur Rettung des seinigen erlaube, ersatzpflichtig bleibe, wenn das Feuer früher gelöscht worden sei, bevor es das niedergerissene Gebäude erreichen konnte. Ulpian und Celsus entschieden jedoch für das Gegentheil und scheinen durch Justinian gebilligt (v. Löhr a. a. O. S. 95 flg.). Allein es bleibt doch immer zweifelhaft, ob die erste Ansicht nicht unseren heutigen Grundsätzen mehr entspricht, und ob die letzte nicht jedenfalls dadurch weniger praktisch wird, daß der Fall sich nicht leicht ereignen wird, daß so etwas geschieht, ohne der schon anwesenden Polizei vorzugreifen oder deren Genehmigung zu haben, worauf es einzig ankommen wird.

Die erste dieser Einschränkungen erklärt schon aus dem blos objectiven Standpunkte den Einfluß, welchen Vertragsverhältnisse auf die Verantwortlichkeit für einen ohne schlimme Absicht aus unseren Handlungen entstehenden Schaden haben, und daß derselbe diese Verantwortlichkeit eben sowohl entfernen, als herbeiführen kann. Entfernt wird diese Verantwortlichkeit dadurch, daß das Obligationsverhältniß dem Contrahenten durch

---

flagello percussus esset? — Respondi: nisi data opera effodisset oculum, non videri damnum iniuria fecisse, culpam enim penes eum, qui prior flagello percussit, residere. Sed si ab eo non prior vapulasset, sed cum ei lucernam eripere vellet, rixatus esset, tabernarii culpa factum videri. Vergl. noch L. 7. §. 4. eodem.

die Erlaubniß und Einwilligung des Eigenthümers ein Recht gibt, sich mit einer fremden Sache zu befassen, und dem bloßen Umgehen mit derselben jedes Bewußtsein der Unerlaubtheit benimmt, wie solches Hagemeister in der oben citirten Abhandlung mit großer Klarheit entwickelt hat. „Wer z. B. die Uhr eines Anderen ohne Voraussetzung eines Obligationsverhältnisses in die Hand nimmt und sie repetiren läßt, dabei aber, weil er mit dem eigenthümlichen Mechanismus derselben nicht bekannt ist, das Werk beschädigt, ist unstreitig zur Entschädigung verpflichtet. Wird es aber auch der sein, der von dem Anderen die Uhr, als Repetiruhr gemiethet hat, und nun, unbekannt mit jenem eigenthümlichen Mechanismus derselben, die nämliche Handlung vornimmt und auf die nämliche Art beschädigt? — Sicher nicht, so lange nicht andere Umstände hinzukommen, z. B. Belehrung über jenen eigenthümlichen Mechanismus. Ferner, wer ohne alles mitvorhandene Obligationsverhältniß den kostbaren Spiegel des Anderen, etwa um einem Dritten seine Stärke zu zeigen, aufhebt, fallen läßt und zerbricht, wird unstreitig und ohne Weiteres zur Entschädigung schuldig sein. Wird man aber auch denjenigen ohne Berücksichtigung anderer Umstände dazu schuldig halten, der den Spiegel seines Nachbars bei entstandener Feuersbrunst wegbringen will, ihn aber, weil ihm die Last auf die Länge zu schwer wird, oder im Gedränge, fallen läßt und zerbricht?" Er bezieht sich dabei auf **L. 3. §. 9. D. de negot. gest.** und **L. 151. de regulis iuris** und führt weiter aus, wie viel es darauf ankomme, daß ihn der Contract auch wirklich ermächtigte, gerade so mit der Sache umzugehen oder sie so zu gebrauchen. Noch schreiender wäre das oben angeführte Beispiel einer durch einen leichten Streich herbeigeführten individuell tödtlichen Verletzung eines Sclaven, der Jemand in Aufsicht oder Lehre gegeben war, und dem dieser Streich als wohlverdiente Züchtigung bestimmt war, welchen derselbe Schriftsteller hervorhebt.

Umgekehrt können aber auch Obligationsverhältnisse eine solche Verantwortlichkeit für das **periculum casus** herbeiführen. Feuer auf einem Herde oder in einem Camine anzumachen, das man seiner Bestimmung nach als unschadhaft eingerichtet voraussetzen darf, ist gewiß keine Handlung, welche die strengste Polizei zu verbieten sich einfallen lassen wird. Aber wenn ein Gebäude mit der ausdrücklichen Bedingung vermiethet wurde, daß darin kein Feuer gehalten werden soll, so wird Jeder mit der **L. 11. §. 1. D. locati** übereinstimmen, daß der Miether für die daraus entstandene Feuersbrunst einstehen müsse, mag diese auch aus einem Fehler der Feuerstätte entstanden sein, der so verborgen war, daß ihn der Miether unmöglich gewahr werden konnte. Der Entscheidungsgrund, **quia non debuit ignem habere**, genügt, und wenn der Eigenthümer selbst an dem Mangel der Feuerfestigkeit Schuld trägt. Ebenso kann derjenige, welcher die commodirte Sache mit auf Reisen nimmt, die höchste Sorgfalt in ihrer Verpackung und Verwahrung anwenden, und muß dennoch für außerordentliche Zufälle, für **mortes servorum, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium** etc. einstehen, sobald ihm die Sache nicht zu dieser Reise geliehen war, wenn

er z. B. ein Silberservice sich ausgebeten hatte, um gute Freunde zu Hause zu einem Gastmahle einzuladen. Die bloße Eigenmächtigkeit genügt, sollte er auch sich überredet haben, daß es dem commodans nicht darauf ankomme, folglich in specieller Beziehung auf den eingetretenen Erfolg in subjectiver Hinsicht jede von Menschen zu fordernde Zurechnung verschwinden. L. 1. §. 4. D. de oblig. et act. (44. 7.) L. 18. pr. D. commodati. (13. 6.)

Ist nun aber die Handlung, welche Jemand thut oder läßt, nicht von der unzweideutigen Beschaffenheit, daß sie in ihrer Erscheinung schon an sich eine objective Unerlaubtheit oder Widerrechtlichkeit ausdrückt, die er nicht verkennen durfte, befand er sich scheinbar in seinem Berufe in dem Gebrauche seines eigenen Rechtes, oder der durch ein Obligationsverhältniß auf eine fremde Rechtssphäre eingeräumten Befugnisse, so müßte nach diesem Grundsatze eigentlich jede Imputation nicht bedachter oder nicht gewollter Folgen verschwinden, wenn dieser einzige Grundsatz unsere Lehre erschöpfte, und wenn es nicht eine innere Widerrechtlichkeit gäbe, welche sich nicht mit dem Rechtszustande verträgt, und welche die menschliche Freiheit in Anspruch zu nehmen erlaubt. Wir müssen hier davon ausgehen, daß der Rechtszustand nicht blos in der Körperwelt wohnen, sondern als Bürgschaft für die Verpflichteten, welche ihrerseits als Rechtssubjecte anerkannt sein wollen, und zur Sicherheit für die Berechtigten, damit diese das Ihrige in Ruhe genießen, auch in den Gemüthern so einheimisch werden soll, daß nicht blos die äußere Handlung, sondern der ganze Charakter gesetzlich sei, daß ferner eigene und fremde Rechte sich durch die sie verwirklichenden Objecte so durchdringen, daß es nicht unbedingt gestattet werden kann, in der Ausübung der ersten die anderen zu ignoriren, als seien wir allein auf der Welt. Eine eiserne Nothwendigkeit kann unter erbitterten politischen oder religiösen Parteien, die sich als Todtfeinde hassen, oder als Ruchlose verdammen, nach fruchtlosen Kämpfen, um sich wechselseitig zu unterdrücken, einen Frieden in scheinbarer Ruhe herbeiführen, der aber so wenig aufrichtig gemeint ist, daß er in der That nur ein Waffenstillstand zu nennen, wobei im Stillen Jeder nur darauf sinnt, frische Kräfte zu sammeln und die Gelegenheit zum Losbrechen zu erwarten. Eben so hat schon im Mittelalter der Welthandel und die Märkte Christen, Juden, Türken und Heiden durch die bloße Triebfeder des Eigennutzes in einem commerciellen Verkehr vereinigt, so sehr sie sich innerlich als Unreine verachteten, und so wenig sie sonst geneigt waren, sich auf gleichem Fuß zu behandeln. Es läßt sich überhaupt nicht verkennen, daß das Recht seinen unterscheidenden Charakter von der Moral verlieren würde, welcher vor dem Extreme, keine mit unserer irdischen oder gemeinen Natur unverträgliche Selbstverleugnung zu fordern, bewahren muß, wenn es nicht zugleich auf diejenigen Gesetze der Gleichheit zurückgeführt wird, welche den Menschen das Schicksal dictirt, oder welche schon der bloße Egoismus anzuerkennen geneigt ist. Allein diese äußere Nothwendigkeit erschöpft nicht einmal das Materielle desselben vollständig, und kann noch weniger die zu seiner Beständigkeit und Fortbildung nöthigen Elemente gewähren. Diese sind aus unserer edleren Na-

tur zu schöpfen, welche aus der Noth eine Tugend macht und jene Rückfälle auf die Dauer verhütet, welche uns durch so harte Lehren empfindlich werden würden.

Ohne in diese episodischen Betrachtungen tiefer einzugehen, genügt es hier, um zu unserem zweiten leitenden Grundsatze überzugehen, daß das Rechtsgesetz in dem Sinne, in welchem es von Grolman [7]) zu entwickeln versucht hat, ein Willensgesetz ist. Kann gleich Niemand seiner bloßen widerrechtlichen Gesinnung wegen vor dem äußeren Forum in Anspruch genommen werden, so lange diese Gesinnung Niemand schädlich geworden ist, verfällt selbst die stärkste Neigung zu einem Verbrechen, ja der gefaßte Entschluß, ein Verbrechen begehen zu wollen, so lange der Wille noch in keine That ausgebrochen ist, nicht einmal dem Strafrichter, dem übrigens solche Gesinnungen durch Drohung, Berühmung oder auf andere Weise schamlos oder unwillkürlich blosgegeben, als Indicien wichtig werden können, so sind doch jene Ansprüche wegen jeder schädlichen Begehungs- oder Unterlassungshandlung begründet, welche, wenn auch keine böse Absicht des Handelnden, wohl aber einen Mangel der von jedem Biedermanne zu erwartenden und zu fordernden rechtlichen Gesinnung beweist. Dieser Mangel ist am offenbarsten bei der sogenannten nahen, oder wie sie Bauer nennt, bewußten Fahrlässigkeit, wenn er den Erfolg als möglich voraussah, und dennoch die Handlung, die er unterlassen konnte und deren Unterlassung ihm billig zuzumuthen war, unternahm, mochte er sich auch leichtsinnig überreden, sie werde glücklich ablaufen. Denn dann beweist er eine Gleichgiltigkeit gegen den Erfolg, die sich derjenige, dem es Ernst gilt, den Schaden Anderer zu vermeiden, nicht beigehen lassen wird, und v. Allmendingen konnte sein Paradoxon nicht durchführen, ohne diesen Fall zu allgemein für dolus eventualis zu erklären, was jedoch in den meisten Fällen zu hart wäre, und bei der entfernten Wahrscheinlichkeit eines großen, so wie bei der nahen Wahrscheinlichkeit eines geringen Uebels, besonders wenn sie durch einen an sich unschuldigen Endzweck verdunkelt werden konnten, nicht einmal als Präsumtion zu rechtfertigen ist. Dieß ist keine andere, als die sogenannte culpa lata, welche nach Obigem die Alten zwar dem eigentlichen dolus noch entgegensetzen, doch aber mindestens civilrechtlich ganz gleich stellen, weil sie in der Regel darin, wenn auch noch nicht die zum ersteren erforderliche Stärke des bösen Willens, doch eine, wie Hasse es wahr ausdrückt, erbärmliche Gesinnung erkennen, welche an den bösen Willen nahe angrenzt. Indessen umfaßt ihr sehr weiter Begriff nicht blos den unvermeidlichen und wahrscheinlichen, sondern unter Umständen auch den als blos möglich vorausgesehenen Erfolg, dessen Eintritt mehr Chancen gegen, als für sich hat, sobald derselbe ein solches Uebel ist, dem der zunächst intentirte Zweck nach der Maxime: ingentis mali etiam non magna verisimilitudo curam cavendi excitat, untergeordnet und geopfert werden mußte. Der Schütze, welcher außer der Zielstatt an Orten, wo er sich versehen kann, daß Leute wan-

7) Dessen Magazin für Philosophie und Geschichte des Rechtes, Bd. I. Stück 2 u. 3. Grundsätze der C.-R.-Wissenschaft, 1. Th. 1. Abth. B. 1.

deln, seine Schießübungen treibt, kann, wenn er sich vorsieht, Niemand zu treffen, zwanzig Mal glücklich abfeuern, und dennoch ist er in culpa lata, „wenn ihn Jemand unterläuft," da er sein Schießen bleiben lassen oder an einen sicheren Ort gehen konnte. Anders der Jäger in seinem Berufe, welcher auf ein verfolgtes Wild schießt und einen armen Holzhauer trifft, den er hinter dem Buschwerke nicht bemerkte. Denn da müßte man das Jagen aufgeben, wenn man vorher schreien müßte, sind keine Leute im Walde. Als Präsumtion für die Wissenschaft gilt bekanntlich das id non intelligere, quod omnes intelligunt. Größer ist freilich die Schwierigkeit, wenn wir, wie bei dem seinen eigenen Hals riskirenden ungelernten Kutscher voraussetzen dürfen, daß der Handelnde an den nicht gewollten Erfolg gar nicht gedacht hat, daß ihm die Wahrscheinlichkeit oder Möglichkeit desselben gar nicht in den Sinn kam, was freilich eine aus obiger Regel häufig, aber doch nicht immer zu verwerfende Entschuldigung sein wird. Wenn wir den vorhin genannten Schriftsteller anhören, so wäre „jeder Act des Erkenntnißvermögens völlig unwillkürlich. Es sei eine dem gemeinsten, wie dem erhabensten Verstande sich aufdringende Thatsache des Bewußtseins: was ich in diesem Momente sehe, muß ich sehen, was ich nicht sehe, das kann ich nicht sehen. — Es gebe keinen Irrthum, welchen man, wenn man gewollt hätte, hätte einsehen können." Allein dieses Raisonnement verkehrt den Menschen in einen geistigen Automaten, der von seinen Vorstellungen, wie im firen Wahne, beherrscht wird, statt daß im freien Menschen die Vorstellungen dem Geiste als Diener und Boten gehorchen. So lautet freilich die Sprache eines entschiedenen Determinismus, welcher jedoch consequent den Verstand dem Willen nicht entgegensetzen und den praktischen Glauben an unsere Freiheit, auf dem alle Zurechnung beruht, und womit sich der Mann von blos gesundem Verstande zu allen Zeiten beholfen hat, überhaupt verleugnen muß. Glücklicher Weise ist dieser Glaube auch vor der Speculation geborgen, weil die Thatsache, welche er anruft, nichts weniger als ausgemacht ist. Es ist eine alte Streitfrage, ob die moralische Verbesserung vom Verstande oder von dem Willen den Anfang machen müsse, und diese Streitfrage wird nie entschieden werden, so gewiß für das Eine das ignoti nulla cupido, und für das Andere das quae volumus, credimus libenter und die spes addita suscitat iras spricht, des qui amant, ipsi sibi somnia fingunt, des video meliora proboque, deteriora sequor, nicht zu gedenken. Gerade die Erfahrung, daß weder das Wollen dem Erkennen, noch das Erkennen dem Wollen nach einer festen Regel folgt, obgleich ihr wechselseitiger Einfluß unverkennbar ist, kündigt uns als Wesen an, welche in der von unserem Geschlechte die augenscheinlichsten Rückwirkungen empfangenden physischen Welt eine moralische auszubilden vermögen, von denen mindestens soviel abhängt, sich durch Zeit und Schicksal leiten zu lassen, statt durch dieselben fortgezogen zu werden. Wäre das Eine oder das Andere, das Erkennen oder das Wollen, das Erste, so wären wir entweder geistige Automaten, oder blinden Trieben unterworfen. Nicht nur das Wollen, sondern auch das Erkennen gehört dem freien Geiste an, da bekanntlich das Letztere das individuelle Product

von Verstand und Sinnen, von Vernunft und Erfahrung ist, ohne daß sich der relative Antheil ausmessen läßt, welchen jeder dieser Factoren dazu beiträgt, und ob wir am meisten mit dem Einen oder dem Anderen ausrichten. Wie erklärten sich sonst die Wunder, welche der Mangel eines einzelnen Sinnes dadurch entwickelt, daß er durch Schärfung der übrigen ersetzt wird. Die Offenheit des Sinnes correspondirt immer einer Thätigkeit des Geistes, und wo wir ganz Auge und Ohr zu sein glauben, da ist hinter der Coulisse der letztere am geschäftigsten, und das ist noch keine Vorstellung, wenn sich, ohne daß wir darauf merken, das Bild eines Gegenstandes auf der Netzhaut unseres Auges abmalt. Sehen wir freilich auf den Augenblick, so hat die Einsicht, welche das Gute und Böse unterscheidet, so wenig mehr von uns abgehangen, als die Neigung des Willens, welcher die Wahl trifft. Aber unser besseres Selbst gehört nicht blos dem Augenblick, sondern der Ewigkeit an, und konnte in Zeiten für Beides sein, da das, was wir selbst sind, doch in der Regel mehr von dem abhängt, was wir aus uns gemacht haben, als von äußeren Umständen. Gerade weil die Zurechnung Freiheit im edelsten Sinne, nämlich jene Spontaneität des Erkennens und Wollens postulirt, welche wir uns selbst zu geben vermögen und die Herrschaft über angewöhnte Vorurtheile und Neigungen, wie über unsere Affecte möglich macht, darf auch die juridische Verantwortlichkeit nicht blos darauf eingeschränkt werden, daß wir wußten, was wir thaten, und die gewußte That gewollt haben, sondern ihr Gebiet erweitert sich durch eine Art von innerer culpa in non faciendo, durch den Anspruch auf jene unwillkürlichen Geistesthätigkeiten, auf eine diligentia, welche nicht gefehlt hätten, wenn es dem Handelnden mit der Maxime der Vermeidung fremden Schadens ein rechter Ernst gewesen, und dieselbe durch Selbstbestimmung in ihm zum Charakter, zur Gewohnheit, zur anderen Natur geworden wäre. Daß eine solche Zumuthung nicht zu hoch gesteigert werden darf, und die individuelle Bildungsstufe, sowie die Zeit und Gelegenheit, die Jemand gehabt hat, den inneren Menschen in sich auszubilden, billig berücksichtigen muß, liegt zwar sehr nahe; daß sie jedoch mit dem nicht minder in Anschlag zu bringenden Triebe der Selbsterhaltung, welche in jedem Rechtssubjecte die Eigenliebe und die Sorge für die eigenen Angelegenheiten zunächst in Anspruch nimmt, nicht unvereinbar ist, liegt schon darin, daß sie auf etwas Inneres, Freies und blos Geistiges gerichtet ist, wofür der Mensch sein kann, daß es ihm von selbst kommt, ohne daß die positive Gesetzgebung seine Schritte und Tritte mit bestimmten Vorschriften oder Verboten, wie mit Fußangeln zu bestreuen braucht, die, je detaillirter sie wären, ängstliche Gemüther durch ihre Last erdrücken und dennoch dem Gewissenlosen Stoff geben würden, sich aus der Schlinge zu ziehen, weil bei der unendlichen Mannigfaltigkeit der Fälle der seinige keiner der gesetzlich vorgesehenen sei. Der Bauer, der am Jahrmarkte eine zerbrechliche Sache auf seinem Reff trägt, hat darum nicht nöthig, mit einer seine ganze Seele erfüllenden Sorge nur an sie zu denken und darüber seine übrigen Geschäfte zu versäumen. Er überläßt sich ihrer Zerstreuung, weil er sich darauf verlassen darf, daß die Erinnerung dessen, was er trägt,

ihn wecken wird, wenn es Zeit ist, sich aus dem Gedränge zu ziehen. Diese Spontaneität verbürgt ihm das ernste Anliegen, die Sache ganz zu erhalten, auf der einen, und auf der anderen Seite die Allgegenwart des Geistes in dem Ideenkreise, welcher seine kleine Welt bildet, aus welcher das Interesse die dunkelste Vorstellung unwillkürlich hervorruft. Es kann daher keine die Ausübung des eigenen Rechtes oder der natürlichen Freiheit verkümmernde Zumuthung sein, wenn wir fordern, daß Jeder an dem Rechte seiner Nebenmenschen auf Dasein und Wohlsein das gleiche Interesse nehme, welches er für das eigene verlangt, und voraussetzen, daß wenn ihn auch das von ihm bezweckte ziemliche und unverbotene Werk, ja vielleicht unzulängliche Vorsichtsanstalten gegen den Vorwurf einer bewußten Fahrlässigkeit oder gar eines schlimmen Vorsatzes in den Schutz nehmen, ihm doch die Einsicht oder die Voraussicht der nicht bezweckten Folgen, welche Andere in Schaden oder Nachtheil gebracht haben, von selbst gekommen wäre, wenn er jenes Interesse gehabt hätte. Es ist kein reiner Verstandesfehler, es ist die Kraft und die Energie des Willens, dessen eigenthümliche Beschaffenheit den Mann von Charakter ausmacht, welchen wir hier vermissen und zurechnen. Es war daher nicht uneben, wenn Grolman[8]) den dolus als Feindschaft, die culpa aber als Mangel an Freundschaft gegen Recht und Gesetz bezeichnete.

Auch die Speculation söhnt daher vollkommen mit den Bestimmungen unseres bestehenden Rechtes aus, dieses begnügt sich vorerst nicht mit dem Scheine einer blos äußerlichen Gesetzlichkeit der Handlung, womit Jeder nach dem gefährlichen Sinnspruche: was nicht verboten ist, das ist erlaubt, in fraudem legis handeln könnte, und verlangt in der bona fides, daß der ganze Charakter des Menschen so rechtlich und sittlich sei, daß er das Gesetz von selbst und im Geiste erfülle. Es gestattet nicht, daß er seine Arglist und Schlechtigkeit mit dem bloßen Buchstaben beschönige, und macht daher neben dem dolus auch für culpa lata unbedingt verantwortlich, wenn er nach den Gesetzen des menschlichen Vorstellungsvermögens die von ihm billig zu vermeidende Gefahr im Augenblicke des Handelns nothwendig einsehen mußte, und man also die Ausrede, nicht eingesehen zu haben, was Jedermann einsieht, nicht gelten lassen kann, ohne jener Beschönigung Thor und Thüre zu öffnen. Es bleibt aber hierbei nicht stehen, es macht für die culpa levis, die culpa im engsten Sinne, für das, wofür der Handelnde im Augenblicke nicht mehr konnte, weil ihm unter den Umständen geglaubt werden darf, daß er an die Gefahr nicht gedacht hat, aber durch Vorbedacht sich ihre Einsicht geben konnte, verantwortlich, indem es zur diligentia verbindet, deren Aeußerungen wiederum von einer persönlichen Eigenschaft ausfließen, welche, als rohe Kraft oder Naturanlage schon von dem egoistischen Menschen in den eigenen Angelegenheiten ausgebildet, durch das Recht nur ihre Richtung bekommt. Ihr Element besteht in einer Voraussicht und Geistesgegenwart, in einer zur anderen Natur gewordenen Wachsamkeit und Tüchtigkeit, welche die Behauptung des eigenen Rechtes mit jedem seine

8) Bibliothek für die peinliche R.-W., Bd. 1, S. 26 flg.

Ausübung begrenzenden billigen Anspruche unserer Nebenmenschen nach einem richtigen Ebenmaße auszugleichen versteht, sich nichts unterfteht, dem wir nicht gewachsen sind, das einmal Unternommene aber eben so wenig mit größerem Nachtheil aufgibt. In diesem weiten Sinne ist die diligentia das Correlat der culpa levis, und beide stehen sich, wie Tugend und Untugend, oder als das Aeußerste, über welches hinaus es keine Verantwortung mehr gibt, und dasjenige Aeußerste, was noch verantwortlich macht, gegenüber. Gewöhnlich nimmt man zwar dieses Wort in einer engeren Bedeutung, und bezieht es bald auf die culpa in non faciendo, oder noch richtiger auf die sogenannte außeraquilische culpa, welche in Contracts- und Quasicontractsverhältnissen vorkommt, und dieß hat insofern Grund, als dieser Gegensatz bei den letzteren am meisten hervortritt und sie daher nur bei diesen neben der culpa noch besonders erwähnt wird, um das zu erschöpfen, was in diesen Verhältnissen gefordert wird und der Pflicht genügt. Daß sie unter dem Titel ad legem Aquiliam nur selten zur Sprache kommt, erklärt sich daraus, daß die dahin gehörigen Fälle sich gewöhnlich aus dem von uns aufgestellten ersten Principe einer mit Bewußtsein verübten, schon objectiven Widerrechtlichkeit entscheiden, wobei es unnöthig ist, auf das Innere weiter zu reflectiren. Wo Jemand indessen nach diesem Gesetze aus einer an sich nicht unbefugten Handlung, namentlich eines das Seine bewirthschaftenden Eigenthümers, oder aus einem jeden erlaubten Gebrauche der natürlichen Freiheit wegen ihrer Folgen verantwortlich gemacht wird, da fehlen auch die Anspielungen auf die zu beobachtende Diligenz, und sogar Vergleichungen, was geschehen wäre, wenn er mit der eigenen Sache zu thun gehabt hätte, keineswegs. Vergleichen wir nur die Stellen, welche vom Baumschneider, von dem, der die Halmen auf seinem Getreidefelde anzündet, von dem, der zum Zwecke der Jagd, Gruben für das Wild angelegt hat, von dem, der ein auf sein Grundstück gerathenes fremdes Vieh forttreibt [9]), und man wird sich überzeugen, daß die Beurtheilung der sogenannten Aquilischen culpa die diligentia nicht ausschließt, wenn sie gleich in ihr sich seltener zeigt. Aus dieser Ursache vermögen wir noch weniger Werth auf den von Donellus erfundenen Unterschied einer culpa in faciendo und in non faciendo zu legen, welche schon Hasse (a. a. O. Cap. IV.) außer Credit gebracht, aber doch sich nicht ganz unbefangen davon gehalten hat, wenn es sich von anderen, als Obligationsverhältnissen handelt. Dem vorgenannten großen Manne, welcher diese Eintheilung aufbrachte, begegnete eine sehr nahe liegende Verwechselung, welche eben so viel Verwirrung anrichtet, als der Satz: nulla poena sine lege, wenn er zu materiell und buchstäblich verstanden wird. Ihm schwebte der sehr gesunde Gedanke vor, daß in Sachen des Rechtes jede Verantwortlichkeit auf den Grund einer positiven Verpflichtung zurückgeführt werden muß, welche entweder in einem Gesetze, oder in einer anerkannten Sitte und Gewohnheit

9) L. 31. 30. §. 3. 28. 39. h. t. Auch Roßhirt, Zusätze zu §. 342, Bd. II, S. 202, des Lehrbuchs von Mackeldey (11. Ausgabe, Gießen 1838), scheint in der Sache mit uns übereinzustimmen.

liegt, oder aber durch Willkür übernommen wurde. Ist eine solche als quaestio iuris von der quaestio facti scharf zu sondernde Verpflichtung vorhanden, so gilt es gleich, entspreche ihrer Tendenz eine Begehungs- oder Unterlassungshandlung. Auch unter der lex Aquilia werden, eine positive Verpflichtung zu dem einen, wie zu dem anderen vorausgesetzt, Thun und Lassen zu gleicher Schuld zugerechnet, wenn die unmittelbare Wirkung dieselbe ist. Der Arzt, der seinen Patienten verläßt, oder die geschlagene Ader nicht gehörig verbindet, daß daraus eine Verblutung erfolgt, der Baumschneider und Dachdecker, die nicht gerufen haben, der liederliche Haushälter, welcher seinen Schornstein gehörig zu fegen versäumt und dadurch einen Brand herbeiführt, der auch Nachbars Wohnungen in Asche legt, verfallen in dieselbe so gut als derjenige, der am unrechten Orte schießt, wirft, Schwärmer losbrennt, die in ein Heulager fallen. Wenn es in der L. 9. §. 2. h. t. heißt: si quis hominem fame necaverit, in factum actione teneri, Neratius ait [10]), so ist darunter nicht blos der gemeint, der einen fremden Sclaven vorsätzlich einsperrte, damit er sich zu Tode hungere, sondern nach dem bekannten damnum culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit, auch der, welcher ein seiner Obhut anvertrautes Sclavenkind über einer Jagdparthie so vergaß, daß es vor Hunger umkommen mußte, mag es ihm auch hinterdrein um den armen Wurm noch so leid thun. Die neue Literatur hat uns ja so nachdrücklich daran erinnert, daß die actio leg. Aqu. mit den Contractsklagen selbstständig concurrirte und selbst beim Depositum nicht ausgeschlossen war. Eben deswegen ist es eine sehr gezwungene Auflösung, wenn man sagt: der Unterlassung gehe hier stets ein Thun voraus. Aber wenn dieses nun, wie die Aderlässe, das Dachdecken, das Astabsegen ein völlig erlaubtes ist, welches kein Criminalrichter auch nur entfernt schon als Attentat auffassen würde, wie unnatürlich ist es, in diese Aeußerlichkeit gerade die Wurzel der Verantwortlichkeit zu legen, welche doch erst mit dem Augenblick beginnt, wo z. B. der vorhin seinem Berufe getreue Wundarzt den Kranken, sei es auch aus bloßer Vergessenheit und Zerstreuung zu versorgen unterläßt, wo der Baumschneider den Ast, ohne zu rufen, fallen läßt, und wo fängt dann das Thun bei demjenigen an, der nicht seinen Schornstein hat fegen lassen. Das Bodenlose dieser Ansicht entblößt sich besonders dadurch, daß man namentlich den Arzt wegen einer jeden angefangenen Cur, wie wenn er in illicito versirt hätte, unbedingt verantwortlich machen müßte. Dieß kann geschehen, wenn an seinem Ausbleiben eine unzeitige Lustreise Schuld ist, aber gewiß nicht, wenn bei einer Epidemie in der Folge gleich oder noch gefährlichere Patienten seine Sorge so in Anspruch nehmen, daß er sich nicht theilen, noch Andere für sich schicken konnte. Noch weniger ist die Uebernahme

10) Derselbe Fall kommt in der L. 29. §. 7. bei einer Municipalobrigkeit vor, die einen Sclaven gepfändet hat, was bei uns mit einem in den Pfandstall gebrachten Thiere vorkommen kann. Aber da wird die culpa nicht in die Begehungshandlung des Pfändens, welche als pflichtmäßig nicht verantwortlich macht, sondern darein gesetzt, daß er nicht litte oder nicht dafür sorgte, daß er gehörig verköstigt wurde.

eines Depositum etwas, was mit der lex Aquilia irgend eine Gemeinschaft hat, und bei diesem nur für dolus und culpa lata verantwortlich machenden Contract kann die Begründung der Aquilischen Klage offenbar nur aus einem das Obligationsverhältniß gleichsam durchbrechenden gefährlichen Treiben erklärt werden. So gewiß Obligationsverhältnisse, auf die Zurückgabe einer Species gerichtet, eine sehr fruchtbare Gelegenheit für die Aquilische culpa geben, so unschuldig sind sie daran, und es ist nicht einmal wahr, daß außer ihnen Sitte und Polizei fremden Schaden nur durch verbietende und nicht auch durch gebietende Vorschriften verhüten dürfen. Niemand kann mir verbieten eine Wasserleitung an meinem Hause zu repariren, und sollte sie unter der öffentlichen Straße geführt sein. Aber wenn ich sie aufgegraben habe, so muß ich zur Nachtzeit zur Warnung der diese Straße Wandelnden eine Laterne anbringen. Die culpa, wenn Jemand durch diese Unterlassung hineinfällt und ein Bein bricht, liegt nicht in dem prius der wohlbefugten Handlung, sondern sie ist in dem Inneren, der mangelnden Diligenz zu suchen, daß ich an eine so nahe Gefahr nicht gedacht habe; denn ist dieß geschehen und hat etwa ein böser Bube die Laterne weggenommen, so fällt auch für das vorausgegangene Thun wieder jede Verantwortlichkeit weg. Auch trifft die sehr gesuchte Wendung, daß immer ein Thun vorausgegangen sei, nicht einmal durchaus zu, wie man sich leicht durch das Beispiel überzeugen wird, wenn der gleiche Unfall sich dadurch ereignet, daß ich die Polizeivorschrift, daß Jeder beim Glatteise vor seinem Hause streuen soll, unbefolgt lasse, zu der mich kein eigenes Thun, sondern der eingefallene Frost gemahnt hat. Im Schwabenspiegel heißt es C. 233: Der Brunnen oder Gruben gräbt, der soll sie verwahren und verbrücken, als hoch ob der Erden, daß es einen Mann gang über sein Knie. Thut er das nit, was Schaden davon geschieht, den soll er gelten. — Wenn die Römer oder unsere classischen Juristen sich manchmal so auszusprechen scheinen, als ob sie auf die bloße Aeußerlichkeit des Thuns oder Lassens den entscheidenden Accent legten, so ist dieses nur Schein und rührt daher, daß sie in der Voraussetzung einer positiven Verpflichtung, in der auch wir keine Latitudinarier sein dürfen, es sehr streng nahmen. So nahmen sie Anstand, Jemand für den durch Einsturz verursachten Schaden geradezu zum Ersatz verbindlich zu machen, wenn er sein Haus zu repariren unterlassen hatte, und hielten es mit der natürlichen Freiheit, welche das Seine zu vernachlässigen erlaubt, übereinstimmender, den gefährdeten Nachbar für seine Sicherheit durch eine Stipulation selbst sorgen zu lassen, der zu entsprechen der Prätor zwang. Durch das in der Discretion des Beschädigten gestandene Rechtsmittel auf Caution, zu dessen Begründung es keines Beweises der Nothwendigkeit einer Reparatur bedurfte[11]), wenn nur der sie Verlangende zum iuramentum calumniae bereit war, war weit umfassender, als durch die lex Aquilia, nämlich für jeden aus einem Werkfehler entstandenen Schaden gesorgt, gleichviel ob dem Nachbar dabei eine Schuld zur Last zu legen war oder nicht, und wer möchte es verabreden, daß der

11) L. 7. pr. L. 13. §. 3. D. 39. 2.

schwer zu erkennende Punkt, wo von einem alternden Gebäude ernste Gefahr zu besorgen, im Zweifel zu Gunsten des um das Seine Besorgten entschieden werden müßte, daß es eben so unbillig wäre, den durch das eigene Unglück gegen den Verdacht einer bewußten Fahrlässigkeit in den Schutz genommenen Eigenthümer unbedingt für jeden Einsturz tenent zu machen, als es der Gleichheit gemäß ist, den Nachbar, dem eine gröbere Fahrlässigkeit in der unverkennbaren Schadhaftigkeit des Werkes am wenigsten entgehen konnte, die Versäumniß eines mit so kurzem Prozeß auszuwirkenden Rechtsmittels als eigene Schuld entgelten zu lassen [12]). Daß bei der unterlassenen Sorge für feuerfeste Kamine, Herde, Backöfen ꝛc. dieselbe Caution gebraucht werden konnte, ist zwar wahr, daß aber hier bei erwiesener culpa auch ohne sie der Schaden ersetzt werden mußte, ist bei der Art dieser, sogar eine criminelle Behandlung nicht ausschließenden Nachlässigkeit bekannt, und auch unter der lex Aquilia in den Pandekten sowohl, als im Codex berührt. L. 9. L. 11. D. de incendio. L. 28. §. 12. D. de poenis. Collatio leg. Mos. tit. XII. §. 7. L. 2. C. de lege Aquilia. L. 27. §. 10. D. ad leg. Aquiliam. Man darf also aus jenem genau geregelten nachbarlichen Verhältnisse nicht durch eine über die dabei maßgebenden Gründe der Billigkeit und Rechtsgleichkeit hinausgehende Generalisirung zuviel folgern, daß Unterlassungsfehler überhaupt nicht in den Kreis verantwortlicher Handlungen gezogen werden dürfen, als ob es nicht vielmehr allein darauf ankomme, ob das causam oder occasionem damni praestare auf sie vollkommen paßt.

Genug, das Recht erkennt auch eine innere Widerrechtlichkeit an, welche, aus dem äußeren Factum nur geschlossen, theils auf einer Abwägung von Probabilitäten beruht, welche bei demselben äußeren Factum durch die Nebenumstände sich sehr verschieden gestalten können, theils aber über den Charakter einer nicht an sich und nur in ihren Folgen rechtsverletzenden Handlung den Ausschlag gibt. Ueber die Frage nun, wie weit diese innere Widerrechtlichkeit verfolgt werden darf, mit anderen Worten, wie weit die Zurechnung geht, hat sich nach Löhr ein bleibendes Verdienst Hasse [13]) erworben durch die gründliche und evidente Nachweisung, daß unser gemeines Recht sowohl bei der Aquilischen, als außeraquilischen culpa von dem freien Menschen zwar Alles verlangt, was er in dem natürlichen Zustande vermag, aber auch nicht mehr; daß zu der ihr Extrem bildenden diligentia weder hervorstechendes Talent, oder eine Anwendung seltener Körper- und Geistesgaben, die sich Niemand geben kann, noch peinliche Aengstlichkeit, oder ungewöhnliche Anspannung, welche jeden Genuß des eigenen Rechtes verkümmern und die Menschenkraft so erschöpfen würde, daß sie der gerechten Sorge für die eigenen Angelegenheiten nicht

12) Cum postulassem, ut mihi infecti repromitteres, noluisti: et priusquam praetor adiuvetur, aedes tuae corruerunt et damnum mihi dederunt. Potius esse ait, ut nihil novi praetor constituere debeat, et mea culpa damnum sim passus, qui tardius experiri coeperim. L. 44. pr. eodem.

13) Vergl. besonders das 2. und 3. Capitel seiner Schrift.

mehr gewachsen bliebe, vorausgesetzt werden, weil das Möglichhöchste, was man im täglichen Leben fordern kann, nicht weiter gehen darf, als daß man leiste, was von einem nach den gewöhnlichen Begriffen ordentlichen, guten und tüchtigen Manne erwartet wird, oder denjenigen Fleiß beobachte, welcher nach den solche Begriffe fixirenden gemeinen Erfahrungen jedem, dem es anliegt, durch Gewohnheit leicht und zur anderen Natur werden konnte; daß es keine über diese culpa levis hinausgehende levissima gibt, weil dieser Begriff zwar im Gegensatze der culpa lata eine quantitative Verschiedenheit in der Zurechnung oder moralischen Schätzung genannt werden kann, die aber zugleich qualitativ ist, und durch einen in der Willensstimmung specifisch verschiedenen Charakter einen festen Anhaltepunkt gibt, welcher, wollte man die Schuld blos nach Graden bestimmen, was bei unendlichen Größen consequent eben so gut zu einer culpa latissima, latior et lata, als zu einem Mittelglied der culpa levior führen müßte, verloren gehen und in eine nicht wenig beleidigende Vermischung des Ungleichartigsten ausarten würde; daß diese Wahrheit, wenn sie gleich in unseren Rechtsquellen nirgends ausdrücklich ausgesprochen liegt, und der nicht selten gebrauchte Superlativ die Ausleger zu dem übrigens sich stets als unpraktisch [14]) gezeigten Phantome einer solchen inhumanen Steigerung der Zurechnung verleitet hat, doch aus dem Zusammenhange der in unserem corpus iuris niedergelegten Lehren und Bestimmungen mit Nothwendigkeit folgt, weil sie ohne diese Voraussetzung nicht zu einem Ganzen vereinigt werden können. Uebrigens kommen schon diese Superlative so ungleich und sporadisch vor, — nach v. Löhr's Versicherung culpa levissima nur einmal, wohingegen auch exacta, exactissima diligentia, paterfamilias diligens und diligentissimus gebraucht wird, Beiträge S. 75 flg., — sie wechseln in derselben Beziehung so oft mit dem Comparativ ab, daß man darin mehr nicht als bloße Redensarten erkennen kann, wie sie in allen Sprachen vorkommen, wo man in der Reihe sowohl der Grade, als der besonderen Verpflichtungsgründe ein Ziel, aber kein Ende vor sich hat, und daß an eine technische Bedeutung gar nicht zu denken ist.

Eher läßt sich einwenden, der gegebene Maßstab eines diligens, bonus, studiosus paterfamilias (qui sobrie et non sine exacta diligentia rem suam administrat) bezeichne ein Abstractum, für das das Original schwer zu finden sei, und das, je nachdem der Richter sich sein Bild ausmale, zu höchst ungleichen Anwendungen führen werde. Allein ein schwebender Begriff war hier unvermeidlich, weil das Bild allerdings erst (habita ratione temporis, aetatis, sexus, valetudinis et hominum eiusdem conditionis)[15]) mit Rücksicht auf die durch die Standes- und persönlichen Verhältnisse gerechtfertigten Erwartungen und auf die vorliegende allgemeine oder besonders übernommene Verpflichtung indivi-

14) Höpfner, Commentar über die Institut. S. 836, §. 757 u. 758, N. 1. Dieses Zeugniß eines vieljährigen Praktikers ist merkwürdig und beachtungswerth.

15) L. 137. §. 2. 3. de verb. obligat.

dualisirt werden soll. Gleiche Kräfte dürfen billig bei denen vorausgesetzt werden, welche nach gleichen Gesetzen leben, auf gleiche Achtung Anspruch machen und auch gleiche Gelegenheit zur Ausbildung gehabt haben. In dieser Individualisirung wird nun der Vergleichungsmaßstab, was ein Mann von diesem Fache und Stande, wenn er im Lande als fleißig, wacker und tüchtig gelten will, in diesem Stücke geleistet haben würde, sich so leicht von selbst geben, als der wahre Werth einer Sache trotz der Schwankungen, welche Liebhaberei der Nachfragenden und Noth der Anbietenden in die Kaufpreise bringen, und das Problem wird häufig schon durch den Gemeinsinn, oder, wo dieser nicht ausreicht, durch Zuratheziehung Sachverständiger gelöst werden.

Uebermäßige Anstrengung des Geistes und Körpers verlangt das Recht in der diligentia nicht, und man könnte mit dem Evangelium sagen, daß seine Last leicht und sein Joch sanft sei. Es muß dieselbe mehr voraussetzen, als sie direct zu erzwingen ist, und eben weil sie der Mensch sich selbst zu geben hat, haben sich die am wenigsten in diesen Begriff zu finden vermocht, welche alles Recht auf Furcht und Zwang gründeten. Die diligentia ist das, was durch Gewohnheit zur anderen Natur geworden, jeder Anstrengung überhebt, und Unbilligkeiten würden aus ihrem Verlangen nur dann hervorgehen, wenn die Anlässe und Gelegenheiten zur Aneignung dieser Gewohnheiten zu ungleich wären. Allein es braucht dazu keine besonderen, weil man sagen kann, daß der natürliche Mensch hierin dem freien zuvorkommt. Das eigene wohlverstandene Interesse, so dürfen wir von Jedem erwarten, bildet sie schon in den eigenen Angelegenheiten aus, und wird durch den davon unzertrennlichen Ehrtrieb und das Bedürfniß des Credits, in dem Verkehr und Umgang mit Anderen als ein tüchtiger Mann zu gelten, erhöht. In Fällen des alltäglichen Lebens wird daher die Frage, was von einem geordneten Hauswirthe geschehen wäre, wenn es ihm um eigene Sachen und Geschäfte zu thun gewesen wäre, auf welche unsere Fragmente häufig hinweisen [16]), die Auflösung des Räthsels sehr vereinfachen. Auf derselben einfachen Basis beruht, unzertrennlich von der Entwickelung der Menschheit in die Individualität, in welcher sie durch Theilung des irdischen Berufes ein Ganzes, eine Familie bilden soll, die sich von selbst gebende Ausgleichung der einzelnen menschlichen Zustände, welche es erklärt, warum in Fällen, welche

---

16) Ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur. L. 13. §. 1. L. 14. pr. D. de pignoratitia actione. (13. 7.) Fructuarius — debet enim omne, quod diligens paterfamilias in sua domo facit, et ipse facere. L. 65. pr. D. 7. 1. Quamvis alienum pecus in suo deprehendisset, sic illud expellere debet, quomodo si suum deprehendisset etc. L. 39. §. 1. D. ad legem Aquiliam. Uebrigens versteht sich diese Vergleichung immer mit dem Beisatze, wenn es dem tüchtigen Haushalter im Eigenen um das zu thun gewesen wäre, um was es demjenigen zu thun ist, dem man sein Geschäft zu besorgen oder seine Sache in Acht zu nehmen verpflichtet ist, nicht, wenn Ersterer seine Sache um wichtigerer Zwecke willen wagt oder preisgibt, was freilich auch bei einem gutem Haushalter, der darin über das Seine verfügt, vorkommt. Vgl. L. 54. D. 19. 1.

nicht in den Kreis des gemeinen Lebens gehören, und eine außerordentliche Körperkraft, Geschicklichkeit, Erfahrung oder Wissenschaft voraussetzen, ein ausgezeichneter Fleiß gefordert zu werden scheint, auf den man, ohne unwahr zu werden, den Superlativ anwenden konnte. Vom Auslaufer, vom Lastträger fordern wir billig, daß sie schnell auf den Füßen seien, und die aufgegebenen Sachen im Gleichgewicht zu erhalten wissen, ohne daß sie dem Kaufmann excipiren dürfen, daß er mit seinen steifen Gliedern viel längere Zeit gebraucht, oder die aufgenommene Last nicht einmal bis dahin gebracht hätte, wo sie der Träger fallen ließ. Denn ihr Gewerbe muß ihnen die Uebung und das Augenmaß so leicht machen, als ihnen schon die Assiduität, womit der Kaufmann Tage lang auf seinem Contor sitzet, um das Geld zu verdienen, womit er sie bezahlt, sauer ankommen und, weil sie die Kaufmannschaft nicht gelernt haben, dennoch fruchtlos bleiben würde. Eben so wenig wird sich der Künstler, der Uhrmacher, welcher das übernommene Werk verdirbt, mit der ungemein scharfen, oft mikroskopischen Beobachtung entschuldigen dürfen, welche das Gelingen des Werkes erfordert hätte. Bei solchen außerordentlichen Geschäften, wie bei dem, der den Transport einer ohne mechanische Kenntnisse und Fertigkeiten glücklich nicht fortzubringenden Säule oder sie auf dem Postament aufzurichten, übernimmt, ist der außerordentliche Fleiß immer auch der gewöhnliche, eben weil dieser nur ein relativer Begriff sein kann. Daher geht auch in diesen Fällen die Verantwortung nicht auf mehr, als auf das, was die Kunst in seinem Fache vermag, und der dabei gebrauchte Superlativ ist nicht so gemeint, als müßte der Künstler für reinen Zufall einstehen[17]), welcher über alle Kunst hinausgeht. Da es in der Regel freier Wille ist, ob man dergleichen außer dem Kreise der gewöhnlichen Lebensthätigkeiten liegende Verrichtungen auf sich nehmen will, — denn sind sie aus einem Privat- oder öffentlichen Beruf unvermeidlich, wie man schon bei Strube's junger Magd voraussetzen durfte, welche das gestürzte Pferd auf Geheiß ihres Dienstherrn zur Tränke reiten mußte, so wird dieses sicher nicht ohne Einfluß auf die Zurechnung sein, — so muß sich Jeder vorher prüfen, ob er die nöthigen, vielleicht ungewöhnlichen Kräfte und Geschicklichkeiten dazu besitze, um dem Unternehmen gewachsen zu sein, wie es jeder Hausvater auch im Eigenen thun wird. Es ist daher nicht mehr als billig, daß unsere classischen Juristen das Aquilische Gesetz gegen denjenigen geltend machen, der die Leitung von Pferden, die Führung von Hunden ꝛc. auf sich nimmt, si modo alius firmior eos retinere potuisset, und im gleichen Sinne wird die imperitia als Schuld betrachtet.

Uebrigens werden alle diese empirischen Instructionen der rechtlichen Würdigung zuletzt durch einen reinen Rationalismus beherrscht, den man aber ja nicht zu einseitig nur in dem einen Momente der Nähe und Unmittelbarkeit des Causalzusammenhanges, und der dadurch gegebenen größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit des Erfolges aufsuchen darf. In dem Gradmesser der culpa steht vielmehr, wie wir schon oben bei der

17) L. 27. §. 29. D. ad leg. Aqu. L. 36. §. 2. locati.

culpa lata berührt haben, die Größe des zu besorgenden Uebels mit dem Grade der Wahrscheinlichkeit seines Eintritts in einem umgekehrten Verhältnisse, und die entfernteste Wahrscheinlichkeit eines unersetzlichen, nicht wieder gut zu machenden Schadens verdient unstreitig weniger Entschuldigung, als die nahe Wahrscheinlichkeit eines leicht zu reparirenden. Dieß wäre zwar, da man sich auch eines kleinen Eingriffes in fremde Rechte, so unbedingt enthalten soll, als eines großen, von keiner praktischen Bedeutung, wenn wir überall eines unmittelbaren, bewußten und vermeidlichen Eingriffes in fremde Rechte gewiß wären, welcher im Grunde immer als culpa lata zu behandeln ist, und als Uebermuth (luxuria, petulantia, lusus perniciosus) so gut, wie die Rohheit und Grausamkeit (saevitia), deren subjective Physiognomie ausprägt. Allein eines Theils läßt die Geringfügigkeit des Erfolges einer nicht schon unmittelbar verletzenden Handlung wegen der Schwäche des moralischen Weckers auch bei einem physisch näher liegenden Causalzusammenhange leichter die Entschuldigung zu, daß man nicht so weit gedacht habe, und schließt also mindestens die culpa lata aus. Sehr erheblich wird sie jedoch dadurch, daß der unschuldige Antrieb und erlaubte Zweck einer Handlung, die wir uns selbst oder Anderen schuldig zu sein glauben, gar wohl von der Beschaffenheit sein können, daß sie nach den Gesetzen unseres Willens und Vorstellungsvermögens unsere geistige Kraft ganz in Anspruch nehmen, daß es unmöglich gewesen wäre, so zu handeln, wenn man an Alles denken müßte, und daß die Forderung, den Erfolg sich zu vergegenwärtigen, über die menschliche Natur hinausgehen würde, was das Recht nirgends verlangt. Die Wichtigkeit dieses Mittelgliedes, welches den beiden anderen Momenten, dem moralischen und dem physischen, erst ihr Temperament bestimmt, muß aus einer detaillirteren Entwickelung dieser Materie von selbst einleuchten.

So wenig wir uns mit der Eintheilung der culpa in faciendo und in non faciendo zu befreunden vermocht haben, so fruchtbar finden wir den von den Neueren [18]) hervorgehobenen Unterschied der sogenannten Aquilischen und der auf Obligationen beruhenden culpa, welche den Erfindern der ersten dunkel vorgeschwebt hatte. Die letztere entspringt aus Contracts- und Quasicontractsverhältnissen, aus einer durch eigene Willkür übernommenen besonderen Verpflichtung, die erste aus der allgemeinen Bürgerpflicht, und ist natürlich viel enger. Sie bezieht sich auf ein neminem laede, welches Recht und Gesetze, wollten sie nicht die natürliche Freiheit unleidlich beschränken, nur als einen Anspruch auf körperliche Unverletzlichkeit der Person und des Eigenthums so kategorisch anzuerkennen vermochten, daß Jeder auch für blos unachtsame Handlungen verantwortlich wird. Daß die lex Aquilia, auch in ihrer höchsten Erweiterung und Fortbildung durch die Jurisprudenz, nur auf dieses Unrecht geht,

18) Auch hier hat sich Hasse im 1. und 5. Capitel seiner Schrift als tiefen Forscher gezeigt. Doch ist er dabei, wie anderwärts, in seinen Stoff zu sehr verloren, um ihn frei zu beherrschen. Wie vorhin bei der diligentia, haben wir es versucht, seine Resultate mehr zu concentriren und deutlicher zu entwickeln.

Digitized by Google

ist aus ihrem Inhalte und der Geschichte ihrer von dem damnum datum corpore corpori ausgegangenen Entwickelung bekannt. Daß dieses Unrecht neben dem furtum als Eigenthumsbeeinträchtigung im engsten Sinne fixirt wurde, ergibt die nur dem Eigenthümer und demjenigen, der ein im Effect dem Eigenthum verwandtes dingliches Recht, namentlich Usucapionsbesitz, Ususfructus hatte, erlaubte Klage [19]). Sogar dem Pfandgläubiger wurde sie streitig gemacht und nur als Extrem durch eine künstliche Wendung [20]) unter Umständen gestattet, wenn der Schuldner keine weiteren Mittel hatte. Es gibt zwar auch Vermögensbeeinträchtigungen ohne einen solchen physischen Einfluß, da Jemand ärmer werden kann, indem er selbst zu ihm nachtheiligen Veräußerungen oder Verzichtleistungen gebracht wird, und eben so läßt sich der Fall denken, daß Jemand am Werthe seiner Güter verliert, ohne daß er darum kommt, wie man dem Minister Pitt nachgesagt hat, daß er zum Sturze der französischen Finanzen so viel falsche Assignaten in Umlauf gebracht, daß dadurch auch die echten nicht mehr galten und angenommen wurden. Für solche Beeinträchtigungen konnte jedoch das Recht, wie bei der iniuria, nur den dolosen Urheber, der sie durch das hier allein als Unrecht denkbare Mittel der Arglist oder Gewalt bewirkte, durch die actio doli, vis metusque verantwortlich machen, und das Recht wäre mit sich selbst in Widerspruch gerathen, hätte es dabei, statt in der persönlichen Verletzung, welche nur in der Wechselwirkung von Mann gegen Mann nach ungleichen Gesetzen denkbar ist, durch einen gleichen kategorischen Imperativ das Unrecht unmittelbar schon in den Schaden setzen wollen, denn das würde dahin führen, Andere in ihren eigenen Verfügungen zu berathen und zu warnen, wodurch wir auf eine auch für sie beleidigende Weise zu einer Art von Vormundschaft berufen würden, welche, häufig mit der erlaubten Wahrung unseres eigenen Vortheils nach dem naturaliter licet contrahentibus se circumvenire, rein unverträglich sein würde. Genug, in Beziehung auf Vermögensverringerungen, welche nicht in dem groben Sinne der lex Aquilia bewirkt werden, konnte die äußere Gesetzgebung nur gegen gewinnsüchtige und blos schadenfrohe Unternehmungen in den Schutz nehmen, und die juristische Ungereimtheit einer allgemeinen Bürgerpflicht, nichts zu beginnen, was Andere ärmer macht, leuchtet daraus ein, daß sie mit der Aufgabe, Andere beständig zu bereichern, identisch wäre. Schon die Erhaltung der einzelnen Sache in dem Werthe, der sie zu einem Gute macht, fordert einen Aufwand von Arbeit und Capital, die in der cautio usufructuaria am auffallendsten bezeichnete omnis cura rei, welche nur ihr Nutzen belohnt und also Sache ihres Eigenthümers ist. Noch mehr gilt dieses von unserer gesammten Habe, wie sie als universitas auf den Erben übergeht, der auch die darauf haftenden Schulden bezahlen muß. Sie wird nur erhalten durch ein Erübrigen, daß an sich oder ohne Consumtion zum Rei-

19) L. 2. pr. L. 27. §. 5. L. 11. §. 6. 9. 10. L. 17. L. 12. D. ad leg. Aqu.

20) L. 30. §. 1. eodem. Hasse, §. 69, Note a, S. 322.

Digitized by Google

cherwerden fortschreitet. Eine solche erhöhte Bürgerpflicht müßte auf das Ganze nachtheilig zurückwirken und den allgemeinen Fortgang der Industrie, welche gerade der Wetteifer entgegengesetzter Interessen belebt, unmöglich machen, da jedes neue Etablissement, jede neue Unternehmung, wie die Kunstmühlen und Maschinenspinnereien, andere bestehende Etablissements mehr oder weniger außer Credit und Nahrung setzt und folglich um ihren Werth bringt. Die augenblicklichen Uebelstände des Pauperismus mußten der Wohlfahrtspolizei überlassen werden, welche zudem nicht zuviel thun darf, damit der wichtigste Hebel, die Spannung der Selbsterhaltung nicht erlahme, der an Mitteln weit erfinderischer ist, als die Sorge von Oben herab. Wenn man also selbst bewußte nachtheilige Einwirkungen auf das Vermögen, auf die freie Dispositionsbefugniß Anderer, wie auf den Werth ihrer Besitzthümer, so weit wir uns der Dispositionsbefugniß über das Unsrige bedienen, oder als freie Wesen Anderen mit gleichen Waffen gegenüber stehen, von Rechtswegen nicht unbedingt verbieten kann, so würde es überdieß die Zurechnung in das Uebermenschliche steigern, wollte man gar noch für unwillkürliche und unbewußte Einflüsse dieser Art verantwortlich machen[21]).

Die allgemeine Bürgerpflicht bezieht sich daher allerdings auf einen positiven Effect durch physischen Einfluß auf einen fremden Körper, der dadurch verletzt, verdorben, zu Grunde gerichtet, oder doch dem Eigenthümer, wie der in die Tiefe geworfene Ring, das durch Verwechselung der Nummer weggeführte und verbrannte Holz, unwiderbringlich verloren geht, und hierin liegt der Thatbestand der Aquilischen culpa. Jener Effect soll nun von uns nicht nur nicht vorsätzlich hervorgebracht, sondern auch überall, wo wir mit fremden Körpern in Berührung stehen, möglichst verhütet werden. Der ihm gegenüberstehende Anspruch auf körperliche Unverletzlichkeit ist jedoch nicht blos an unsere physische Person gerichtet, daß wir nicht, wie der Raufbold oder der Gaukler, der sich von einer Höhe herabstürzt, durch diese schaden; er erstreckt sich auch auf diejenigen Naturursachen, welche, wie unsere Thiere, Licht und Feuer in unserem Hause ꝛc., unter unserer Disposition stehen und in unserem Eigenthume die Macht unserer Persönlichkeit erweitern. Da diese Persönlichkeit den Centralpunkt aller Zurechnung bildet, so kann die Verantwortlichkeit freilich über diesen Kreis nicht hinausgehen, und wenn man die Aquilische culpa auf ein Thun in dem weiteren Sinne zurückführen zu müssen glaubte, daß nicht von uns gefordert werden kann, das Eigenthum

21) Aus dem Gesagten ist leicht zu ermessen, was von der Kritik des Thomasius und Gundling zu halten, welche die scharfe Fassung der lex Aquilia darum tadeln, weil der Verläumder nicht darunter subsumirt werden könne, welcher es dahin bringt, daß mich Jemand aus seinem Testamente ausstreicht. Glaubt er selbst an seine Nachrede, so kann begreiflich nicht einmal von der actio doli die Rede sein. Aber auch wenn es aus Bosheit gegen bessere Ueberzeugung geschehen, so wurde dadurch ein Dritter zu einer erlaubten Verfügung bestimmt, welche ich mir ohne Rücksicht auf die Motive gefallen lassen muß. Der Umstand dürfte also überhaupt nur auf die allein begründete ästimatorische Injurienklage von Einfluß sein.

Anderer zu bessern oder auch nur gegen nachtheilige Zufälle durch nicht zu unserer Disposition stehende fremde Naturursachen, oder gar gegen ihre eigenen Nachlässigkeiten zu bewachen, so ist das eine sehr einfache Wahrheit. Wo bliebe die Zeit, sich selbst zu leben, wenn man für Jedermann, oder nur für jeden Nachbar sorgen und darauf Acht haben müßte, ob z. B. auch das Dach desselben so verwahrt sei, daß kein Regen eindringt und das Gebäude ruinirt, oder ob, wie in der seltsamer Weise zur Unterstützung jener halbwahren Thesis benutzten **L. 13. D. 7. 1.** erwähnt wird, sein Feld gehörig gepflügt, seine Reben nachgepflanzt und seine Wasserleitungen im Stande erhalten werden, deren Unterlassung freilich nicht **ex lege Aquilia** verantwortlich machen würde, aber nicht, weil es eine bloße Unterlassung ist, sondern weil es Niemand einfallen wird, die Besserung fremden Eigenthums in den Kreis der allgemeinen Bürgerpflicht hereinzuziehen. Umgekehrt würde eine solche eigenmächtige, nicht durch die Absicht einer nützlichen Geschäftsführung entschuldigte Unternehmung für die Folgen einstehen müssen, und wie ließe sich eine solche allgemeine Verpflichtung durchführen, ohne unerträgliche Einmischung in fremde Anliegen, welche gewöhnlich schlechten Dank ernten würde? — Wenn dagegen in jenem engeren Kreise eine Verantwortlichkeit uns angesonnen wird, welche auf Zurechnung in vollem Umfange geht, so erscheint jene Bezeichnung schon darum sehr inadäquat, weil die Localität einer solchen auch die Diligenz umfassenden Zurechnung in ihren letzten Gründen auf zum Theil unwillkürlichen Geistesthätigkeiten beruht, deren Abwesenheit in der Phänomenenwelt sich oft als Unterlassungsfehler darstellt, so daß man mit den Philosophen sagen kann, **bonum ex causa integra, malum a quolibet defectu.** Ueberdieß aber kann eine gute Polizei den Umfang der Aquilischen **culpa** auch materiell durch positive Gebote, namentlich durch die Pflicht, Nothleidenden beizustehen, oder einen auch außer unserem Eigenthum bemerkten Brand zu ersticken, oder, wenn man es selbst nicht vermag, Lärm zu schlagen, gar wohl auf reine Unterlassungen ausdehnen, und nach heutigem Rechte würde die entgegenstehende Thesis viel zu weit führen, da wir ja das Nichthindern von Verbrechen, wo es ohne Gefahr für uns selbst und Andere geschehen konnte, sogar zu strafen, kein Bedenken tragen, den hier freilich oft schwierigen Beweis vorausgesetzt, daß es wirklich nur an uns gelegen hat, den Schaden durch pflichtmäßiges Handeln zu verhüten, und daß der Beschädigte nicht selbst die größere Schuld trägt.

So viel über den Thatbestand der Aquilischen **culpa**. Was nun die Imputation betrifft, so haben wir die eine hier leitende Regel, welche sich übrigens auf die **lex Aquilia** keineswegs beschränkt, schon oben entwickelt. Wer sich einen Eingriff in fremde Rechte erlaubt, sich gegen ein bestimmtes Gesetz, gegen irgend eine Vorschrift der Polizei oder einer anerkannten guten Sitte, deren Beobachtung von unseren Nebenmenschen erwartet werden kann, vergeht, wird, da Rechtsirrthum oder Rohheit so wenig vor der Welt, als vor Gericht entschuldigen können, die Folgen seiner Handlung zu vertreten haben, und zwar, wenn sie die zureichende physische Ursache einer Beschädigung oder Verschlechterung, oder des ihr

gleichstehenden Abhandenkommens einer fremden körperlichen Sache ist, in Gemäßheit der actio legis Aquiliae oder der diese ergänzenden actio in factum. Die Mehrzahl der dahin gehörigen Fälle wird sich aus diesem Princip erledigen, das auch im Criminalrechte, obgleich hier anders modificirt, in der culpa dolo determinata eine so wichtige Rolle spielt, schon daraus bekannt, daß sie Manche, wie unter den Neueren Feuerbach, legislativ dem dolus sogar haben gleichstellen wollen. Nun könnte man aber versucht werden, diesem modus ponens imputationis einen modus tollens entgegenzusetzen in den bekannten: qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam, oder nemo damnum facit, nisi qui id facit, quod facere ius non habet, als ob die Folgen allezeit als zufällig zu betrachten seien, so oft sich Jemand in seinem Rechte befinde. Wir müssen aber mit Hasse über die Unfruchtbarkeit dieser Weidsprüche übereinstimmen. „Diese Regel, wenn man sie auch von Ausübung genereller Rechte, z. B. des Eigenthums versteht, leidet doch wieder so viele Ausnahmen, daß sie einem unter den Händen entschwindet, wenn man sie recht festzuhalten dachte. Selbst wenn man sie so beschränkt, wie sie allerdings einen vernünftigen Sinn hat: wer auf seinem Grund und Boden (in suo) handelt, kann thun, was er will, so sieht man bald, daß sie nicht unbedingt sein kann, sondern daß man doch immer darauf Rücksicht nehmen muß, daß in der Nähe auch Leute wohnen, denen man nicht schaden darf. Das ganze iudicium aquae pluviae arcendae bestätigt übrigens diese Regel, macht sie aber auch durch Ausnahmen schwierig. Wo ist die Grenze, über die man mit Rücksicht auf die Nachtheile Anderer nicht hinausgehen darf, indem man von seinen Rechten an sich und ohne diese Rücksicht erlaubten Gebrauch macht?“[22]) — In der That würde die reine culpa großentheils wegfallen, wenn jener Satz zu buchstäblich genommen wird, und man sagt wohl richtiger, daß keine Pflicht durch etwas Anderes aufgehoben werden kann, als durch eine mit ihr in Collision kommende stärkere Pflicht oder, wie man vielleicht besser sagt, durch den Grund einer stärkeren Verpflichtung, und daß dieses auch von der allgemeinen Bürgerpflicht, Niemandem zu schaden, gilt. Nur der ist von Verantwortung frei, wer unter den Umständen so zu handeln berufen war, und also von Rechtswegen zu handeln nicht umhin konnte. Ein solcher Beruf darf jedoch nicht blos auf ein öffentliches Amt bezogen werden, es gehört dahin auch Alles, was der Mensch nach dem honeste vive, se ipsum deserere turpissimum, was der Bürger als bonus paterfamilias sich selbst, seiner Erhaltung, seiner Ehre, seinem Vermögen und seiner Familie schuldig ist. Darum muß schon nach dem am ange-

22) Hasse, S. 33, Note a. Er fügt bei, daß sich die Römer hier mit realen Spitzfindigkeiten, und mehr glänzenden, als befriedigenden Antithesen behalfen, zwischen alium lucro, quo hic utebatur (adhuc), prohibere und alteri damnum facere, zwischen nocere und non prodesse. Allein es fragt sich, ob hierbei nicht der freilich oft in der Beurtheilung schwierige Unterschied gemeint war, den wir vorhin der culpa in faciendo und in non faciendo zu substituiren versucht haben, und ob er nicht anders geurtheilt hätte, wenn er sich in diesem Punkte klarer geworden wäre.

führten Orte von Hasse berührten Titel de aqua et aquae pluviae arcendae (39. 3.), besonders nach L. 1. §. 3—9. L. 2. §. 9., mein Nachbar selber zusehen, wie er sich wegen des ihm zugeführten Regenwassers vor Schaden behüten will, wenn der Zufluß von einem auf meinem Grunde errichteten oder getriebenen Werke herrührt, das ich, wie das Pflügen und Furchen, des Fruchtgewinns wegen nicht unterlassen konnte, oder das Werk das Wasser von meinem Grundstücke ableiten sollte, um nicht selber positiven Schaden zu leiden, weil es dann nicht zu vermeiden war, ohne mich dem gerechten Tadel eines liederlichen Wirthes auszusetzen. Nicht darauf, daß er auf dem Seinen handelt und diesem eine beliebige Gestalt geben darf, sondern auf diese Unvermeidlichkeit, um einer Verminderung unseres schon gegenwärtigen Vermögens, wobei der Aufwand für die Sache durch den Früchtegenuß compensirt werden muß, zu begegnen, wird überall der Accent gelegt. De eo opere, quod agri colendi causa aratro factum sit, Quintus Mucius ait, non competere actionem. Trebatius autem, non quod agri, sed quod frumenti duntaxat quaerendi causa aratro factum sit, *solum* excepit. — Sed etsi quis etiam sine sulcis aquariis arare et serere possit, teneri eum, licet agri colendi videtur fecisse. — Idem Labeo ait, si vicinus flumen vel torrentem averterit, ne aqua ad eum perveniat et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae non posse — si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat, welches Letztere ohne Zweifel darauf ankommt, ob er es nicht auf eine unschädliche Art ableiten konnte. Dasselbe gilt von Abzugsgräben, um den Boden trocken zu legen, die nur, wo möglich, vertheilt werden sollen, damit nicht die unnöthig in eine Rinne zusammengeleiteten Gewässer eine zu heftige Strömung verursachen. Derselbe Titel gibt dagegen dem Nachbar keinen Anspruch, wenn ihm das ohne Servitut zugeflossene Wasser bisher genutzt, und ihm nun durch eine Unternehmung oder Vorrichtung des Anderen entzogen wird, womit dieser sein Grundstück zu verbessern glaubt. Die Verfügung des Eigenthümers ist also nur beschränkt durch die Rücksicht, den positiven Schaden Anderer möglichst zu verhüten, welcher durch physischen Einfluß auf die körperliche Sache hervorgebracht wird, wie ihn die lex Aquilia durch ihr ruptum, corruptum, fractum, ustum, scissum, collisum et effusum, et quoquo modo peremtum bezeichnet, und selbst dieser darf einem eigenen Schaden untergeordnet werden, jedoch in dem vollen Sinne, daß der letztere nicht nur den positiven, sondern auch den privativen Schaden begreift, d. h. denjenigen, der unser Eigenthum als Bestandtheil unserer gesammten Habe in ein todtes Capital verwandeln und unser gegenwärtiges Vermögen vermindern würde, was das Recht keinem bonus et diligens paterfamilias zumuthen darf, eben weil es zu dieser cura omnis nur ihn und keinen Anderen beruft. Die natürliche Billigkeit und unser gemeines Recht dürften jedoch dieses idem et idem, diese Vergleichung und beziehungsweise Unterordnung auf conservative Tendenzen beschränken, blos mit dem Unterschiede, daß die Rücksicht, die

man Anderen schuldig ist, ein sensibles, die Freiheit, die man sich selbst schuldig ist, ein intelligibles Object voraussetzt, das aber schon wirklich sein muß. Die Regel: qui suo iure utitur, nemini facit iniuriam, reicht daher nicht aus und muß wenigstens sehr cum grano salis verstanden werden. Denn so gehört es zu den unstreitigen Ausflüssen des Eigenthumsrechtes, speciem fundi verändern zu dürfen, und z. B. einen Acker in eine Wiese zu verwandeln. Eine andere Frage ist aber die, ob diese Verbesserung mit Nachtheil der Unterlieger geschehen darf, wenn ihnen durch die zu ihrer Bewässerung getroffenen Anstalten neues Wasser zugeführt würde, so gewiß sie sich vorher den durch die zum Ackerbau nöthigen Arbeiten verursachten Zufluß haben gefallen lassen müssen, und das Feldgericht würden zu arbitriren haben, in wie weit er die neue Einrichtung treffen darf, damit sich die Nachbarn nicht dabei verschlimmern. Denn er wird hier angesehen nicht als einer, der sein schon gegenwärtiges Vermögen erhalten, sondern als ein solcher, der die Summe der zu seiner Disposition stehenden Güter, obgleich nur intensiv, mit einem neuen vermehren will, und dahin deutet die oben angeführte und in der Justinianischen Compilation stillschweigend gebilligte Ansicht des Trebatius. Andere Benachtheiligungen, welche sich unsere Mitbürger in Folge einer Ausübung unseres Rechtes gefallen lassen müssen, z. B. wenn ihnen durch ein auf unserem Grund und Boden errichtetes Gebäude die Aussicht genommen, durch einen auf demselben gegrabenen Brunnen der ihrige verloren geht, erklären sich schon aus dem einfachen Grunde, weil dieses blos moralische Einflüsse sind, welche nur die Annehmlichkeit und den Werth ihres Eigenthums vermindern, deren es so unendlich viele gibt, daß alle Freiheit des eigenen Rechtes aufgehoben wäre, wollte man sie durch mehr Rücksichten beschränken, als durch die gröberen, welche uns die Körperwelt aufdringt. Für die Pflicht, Andere nicht zu benachtheiligen, kommt das fremde Eigenthum nur als Körper in Betrachtung, für die Freiheit aber, sich über diese Nachtheile wegzusetzen, entscheidet auch die moralische oder, wenn man lieber will, national-ökonomische Eigenschaft des unsrigen als Gut, so weit sie darin schon verkörpert ist. Obgleich diese rein civilrechtlichen Verhältnisse benachbarter Gutsbesitzer nicht auf Schadenersatz, sondern nur auf wechselseitiges Wehren und Dulden gehen, um im Frieden neben einander zu bestehen, und daher der erstere nach der Art der cautio damni infecti nur zu leisten ist [23]), wenn er nach der Litiscontestation entstand, — ob bei einem aus reiner Tücke verursachten Schaden nicht die actio doli begründet werden könnte, ist eine nicht sehr praktische Frage, weil der frühere Schaden dabei wohl selten bedeutend genug ist und der Scheingrund einer Ausübung des eigenen Rechtes den Beweis des dolus zu sehr erschwert, obwohl sie nicht unbedingt zu verneinen sein dürfte, — so dient doch diese Analogie sehr zur Erläuterung der Aquilischen culpa, und man braucht nur an die Nothwehr zu denken, um sich zu überzeugen, daß dabei ähnliche Verhält-

23) L. 6. §. 6. D. de aqua et aquae pluviae arcendae L. 11. §. 3. eodem.

nisse zur Sprache kommen. Unser Hauptzweck war der, in das Licht zu setzen, daß sich die Ausschließung aller Verantwortlichkeit nicht in den obgedachten allgemeinen bejahenden Satz bringen läßt, mit dem man wenig ausrichtet.

Nicht minder unglücklich ist jedoch die umgekehrte allgemein verneinende Fassung, womit sich v. Löhr[24]) begnügt hat: „jede Handlung, zu deren Vornahme man nicht bestimmt (?) berechtigt, und jede Unterlassung einer Handlung, wozu man verbunden ist, enthält mit Nothwendigkeit einen Eingriff in fremde Rechte, wodurch die Auflösung rein in die Objectivität gelegt wird." Dieser Schriftsteller, welcher keineswegs ein so roher Materialist ist, als Schömann, hat zwar in seinem Sinne ganz recht, weil sich auch da, wo Jemand ein an sich ziemliches und unverbotenes Werk treibt, die Widerrechtlichkeit seiner Handlung allezeit in der Art, in dem unrechten Orte oder in der Unzeitigkeit derselben ausdrücken wird, und dieses, da es keine subjective Widerrechtlichkeit gibt, die nicht in eine objective ausginge, der echte Probierstein ist. Allein man frage nur weiter, woran erkennen wir bei einer an sich nicht unerlaubten oder auch gleichgiltigen und nicht schon unzweideutig illegalen Handlung, daß sie nicht so oder auf diese Art vorgenommen werden durfte, und man wird sogleich das Bedürfniß einer rationelleren Bestimmung fühlen. Die Antwort wird dahin ausfallen, aus dem prius des daraus geschlossenen animus des Handelnden oder des Mangels der von ihm unter den Umständen zu erwartenden Diligenz. Besonders bei der letzteren muß es auffallen, daß es sich zwar von einer nach dem Gesetze, aber nicht aus dem Gesetze bestimmbaren Unerlaubtheit handelt. Nicht die äußere Handlung, sondern ihr subjectiver Charakter wird entscheiden, welcher der äußeren Handlung erst die Farbe gibt und dieselbe äußere Handlung bald befleckt, bald beschönigt. Die Ausmittelung dieser inneren Widerrechtlichkeit kann daher kein Geschäft einer stereotypisch zu fixirenden bestimmenden Urtheilskraft sein, welche das Besondere unter ein schon fertiges Allgemeine subsumirt. Sie fällt vielmehr der reflectirenden Urtheilskraft anheim, welche gewissermaßen schöpferisch für den besonderen Fall die Regel erst aufsuchen und herausfinden muß. Damit hängt dann weiter die Frage zusammen, wer hat den Beweis der culpa zu führen, der in unschuldiger Absicht Handelnde, dessen Unternehmung unglückliche Folgen gehabt hat, oder der Beschädigte? — So gefährlich der Satz ist, was nicht verboten ist, das ist erlaubt, so leicht er benutzt werden kann, recht tückisch in fraudem legis zu handeln, so wäre doch die Umkehrung desselben, was nicht erlaubt ist, das ist verboten, noch weit ärger und für die natürliche Freiheit absolut vernichtend. Es sind daher genauere Regeln nöthig, wobei uns auch unser gemeines Recht keineswegs im Stiche läßt, das gerade hier, wo die subjective Widerrechtlichkeit rein in Betrachtung kommt, weit davon entfernt ist, die Zurechnung über den dem Menschen natürlichen und gewöhnlichen Fleiß zu steigern. Die Bei-

24) Theorie der Culpa, S. 41.

spiele, woran Hasse[25]) dieses gezeigt hat, fallen alle in diese Kategorie, und waren daher, obgleich er diesen Moment nicht genug hervorgehoben, glücklich gewählt. Wir glauben aber, zur Warnung vor einer ungeschickten Anwendung des bekannten, in einem ganz anderen Sinne gemeinten, in lege Aquilia et culpa levissima venit, noch weiter behaupten zu dürfen, daß dabei, ziemlich parallel mit der Prästation der culpa in Contracts- und Quasicontractsverhältnissen, sogar Prästationsarten sich unterscheiden lassen. Schon in der Beschränkung der allgemeinen Bürgerpflicht, die man fremdem Eigenthum schuldig ist, auf Vermeidung körperlicher Beschädigung liegt es, daß das Recht von uns nur solche billige Rücksichten erwartet, an die jeden Achtsamen sinnliche Gegenwart und Nähe mahnen werden. Desto strenger sind wir freilich an diese Rücksichten auch bei einer an sich unschuldigen oder nicht absolut verdammenswerthen Handlung gebunden, und namentlich versteht sich von selbst, daß wir die Ausübung unseres Rechtes oder den Gebrauch unserer natürlichen Freiheit nicht blos zum Vorwande nehmen dürfen, Anderen vorsätzlich zu schaden und dadurch unsere Rache oder unseren Neid zu befriedigen, welche Leidenschaften, wo sie einen an sich und durch den bloßen Erfolg schon widerrechtlichen Schaden durch eine selbstständige Handlung anrichten, wozu wir nicht bestimmt ermächtigt oder verpflichtet sind, unstreitig ex dolo verantwortlich machen, wohingegen die schlechte Gesinnung und die niederträchtige Absicht allein, welche eine innerhalb unserer eigenen Rechtssphäre sich verlaufende Handlung ohne selbstständige Wirkung blos begleitet, vor dem äußeren Forum keine Folgen hat. Darüber wird nie ein Streit entstehen, und dieser wird sich immer nur um blos unbedachtsame oder unvorsichtige Unternehmungen bewegen. Bei diesen nun wird die Verantwortlichkeit bestimmt werden a) durch die Vergleichung des eigenen erlaubten Zweckes mit dem Nachtheile, der dem Anderen bevorstand, ob das, was wir unserem Amte oder auch im Hausvaterberufe unserem Ehr- und Erhaltungstriebe schuldig sind, nicht stärker verpflichtet, als die Rücksichten, welche unsere Nebenmenschen von uns erwarten dürfen; b) ob sich diese Rücksichten mit der Erreichung des eigenen Zweckes vereinigen ließen, oder ein wahrer Collisionsfall eintrat; ferner c) wenn auch der Nachtheil vermieden werden konnte, ob der von uns verfolgte Zweck so beschaffen war, daß er unsere Aufmerksamkeit zu stark in Anspruch nahm, als daß wir so weit hätten denken können, wobei besonders ein gerechter Affect und der Berufseifer in Betrachtung kommen werden. Endlich aber gibt es d) unstreitig auch einen factischen Irrthum, der alle Zurechnung ausschließt, weil er jeden mahnenden Gedanken an einen irgend Jemand schuldigen Fleiß gar nicht aufkommen läßt und für den in eigenen Angelegenheiten versäumten Fleiß uns wohl Tadel, aber keine Verantwortlichkeit treffen kann. Ob diese Momente die Sache erschöpfen, lassen wir dahin gestellt, es genügt uns, wenn sie zur vollständigeren Auflösung unserer Aufgabe beitragen und darauf aufmerksam machen, wie sehr die Theorie der culpa von dieser Seite noch einer befriedigenderen

25) 2. Cap. §. 15.

Beleuchtung bedarf. Auch werden wir uns auf einzelne zur Erläuterung genügende Erörterungen beschränken.

Wollte man auch die blos civilrechtliche Vertretung der culpa rein objectiv bestimmen, so wäre die kleinste Ueberschreitung der Nothwehr, wie sie unsere eigene kalte Beurtheilung nach der That oft nicht verkennt und ein zartes und wohlwollendes Gemüth nicht selten bedauern läßt, der lex Aquilia verfallen. Allein sowohl unsere Gesetze, als eine entschiedene Praxis urtheilen anders und machen bei der durch einen ungerechten Angriff auf ein Gut, das wir unter den Umständen für unersetzlich verloren achten konnten, abgenöthigten gerechten Gegenwehr im Grunde nur für dolus und culpa lata tenent. Wenn nur die Art der Vertheidigung und die uns zu Gebote gestandene Wahl ihrer Werkzeuge nicht schadenfrohe Rachlust oder eine rohe Gleichgiltigkeit verräth, so wird die bloße Unbedachtsamkeit, in der der in Nothwehr Versetzte sich nicht anders zu rathen wußte, ihm nicht imputirt werden. Seine gerechte Entrüstung und Bestürzung nehmen ihn, wo er genöthigt war, sich selbst zu helfen, in den Schutz. Bei einer Leib und Leben bedrohenden Gefahr ist dieses außer Zweifel. Das moderamen macht in dieser Lehre weniger Schwierigkeit, als die Frage, ob, welche von dem Verhältnisse abhängt, in welchem das bedrohte Gut zu dem dem Angreifer zugefügten Uebel stand. Darüber ist man einig, daß völlige Gleichheit dieses Verhältnisses nicht nöthig ist, daß ich z. B. mein Auge, oder meine geraden Glieder mit dem Verluste des Lebens des Angreifers retten kann, da eins wie das andere unersetzlich sind, und dafür spricht auch schon die Analogie der oben berührten civilrechtlichen Bestimmungen, welche es unter Umständen gestatten, fremden Vermögensnachtheil nicht anzusehen, wo es die Erhaltung unseres Eigenthums, als Körpers oder auch nur als Gutes in unserem Vermögen, nicht vermeiden läßt, wobei wir jedoch nicht übersehen dürfen [26]), daß dort vom Wasser die Rede ist, das vom Himmel fällt, dessen verstärkter Zufluß nicht auf einmal und nicht unabwendbar durch, wenn auch beschwerliche Anstalten, und zwar durch ein diese Zwischenursache in Wirksamkeit setzendes, an sich unschuldiges Werk schadet. Ob nun aber das Mißverhältniß so weit gehen darf, daß ich nicht blos zur Abwehr einer fortgesetzten Gewalt, sondern zur Rückbemächtigung des Meinigen auf den mit einer unbedeutenden Sache entfliehenden Dieb schießen und ihn dadurch in Lebensgefahr setzen darf, wird zwar von neueren Gesetzgebungen gegen das gemeine Recht gebilligt, dürfte aber in der Theorie stets bestritten bleiben. Es scheint zwar zunächst nur das Recht auf Verwundung, damit der Dieb nicht weiter laufen könne, gemeint, womit aber die höchste Diligenz zu Verhütung größeren Schadens so

26) Etwas Anderes ist es, wenn es sich, obgleich aus guten ökonomischen Gründen, von unmittelbar gefährlichen Unternehmungen auf unserem Eigenthum, wie bei den Römern vom Anzünden der Stoppeln, oder bei uns von Sprengung von Felsen durch Schießpulver handelt, die in der Umgegend Verwüstung anrichten oder gar Personen gefährlich werden können. Da ist die Unverhältnißmäßigkeit dieser Gefahr zum eigenen Vortheil zu groß, als daß weniger, als der höchste Fleiß entschuldigt.

wenig vereinbar ist, daß die Verpflichtung dazu, fast wie das Ausschneiden eines Stück Fleisches aus einem lebenden Menschen ohne Blutvergießen in Shakspeare's Kaufmann von Venedig, einem indirecten Verbote gleich stünde.

Für mehr scheint auch der in seinem Amte handelnde öffentliche Diener, besonders im Zusammenhalt mit dem iudex, qui litem suam fecit [27]), nach der L. 29. §. 7. D. ad leg. Aqu. nicht tenent zu sein. Wenigstens sind die Beispiele seiner Verantwortlichkeit, wenn er gegen bestimmte Gesetze oder Instructionen verfährt, die er kennen und nicht vergessen soll, wenn er dem gepfändeten Sclaven über die dem Verhungern aussetzende Zeit keine Speisen zubringen läßt, Fälle einer groben Schuld, welche übrigens bei der seiner eignen Würde schuldigen und im Verfahren zu beobachtenden Ruhe und Leidenschaftlosigkeit leichter eintreten wird, als bei dem durch seinen Affect entschuldigten Angegriffenen. Doch soll es ihm hingehen, wenn er durch einen Widersetzlichen gereizt (si adversus resistentem fecerit violentius), in seinem Amtseifer etwas zu weit gegangen ist. Unbedingt wird er aber von der Verantwortlichkeit losgesprochen, wenn der gepfändete Sclave sich erhängt hat, obgleich man hier, wie bei einem scheuen und unruhigen Thiere, das auch im Pfandstalle leicht Schaden nimmt, unter Umständen einige Diligenz vermissen könnte, wenn die gewiß nicht ohne Vorzeigen zu diesem Extreme führende Verzweiflung des Gepfändeten zu bemerken Gelegenheit gewesen und dieser dennoch weder bewacht noch festgeschlossen wurde [28]).

Die scheinbar harte Decision, daß derjenige, welcher in der Nothwehr den Unrechten trifft, ex lege Aquilia tenent bleibe, ist doch wohl auf den Fall zu beschränken, wenn ihm in dieser Beziehung eine gröbere Schuld zur Last fällt, wie es namentlich bei einem, außer der Hand nicht mehr zu beherrschenden, Steinwurfe der Fall ist, wenn an dem Orte des Angriffes noch Andere wandeln. Der ungerechte Angriff des Steines kann begreiflich nicht von den Rücksichten entbinden, die man gegen die unschuldig Anwesenden zu beobachten hat. Ohnehin scheint Paulus in den Schlußworten des Fragments [29]) auf die Zweideutigkeit des gewählten Vertheidigungsmittels hinzudeuten, das mehr einer bezweckten Rache gleich sehe. Ein unbesuchter Ort, ein gar nicht vorauszusehendes Unterlaufen und der Gebrauch einer Vertheidigung, deren Wirkung und Richtung er sich sicher erachten durfte, würden die Sache bedeutend verändern. Daß übrigens nach Art. 145 C. C. C. in allen diesen Fällen von peinlicher Strafe keine Rede sein kann, gehört nicht hierher.

---

27) Besonders L. 15. §. 1. D. de iudiciis. (5. 1.)

28) Daß in unseren Pandekten nur die städtischen Obrigkeiten erwähnt werden, erklärt sich aus dem publicistischen Grunde, weil die magistratus maiores, als kleine Majestäten, während ihrer Amtsführung nicht belangt werden konnten und wohl auch nach derselben nur aus bestimmten Gesetzen. Daß man aber unseren Beamten im Rechtswege keine größere Verantwortung, als den ersteren auflegen kann, bezweifeln wir nicht, wenn auch schon das Gegentheil behauptet worden ist.

29) L. 45. §. 4. D. h. t.

Auch die Ueberschreitung des Züchtigungsrechtes soll, wie uns das Ganze der hierüber in unseren Pandekten freilich sehr zerstreuten Hauptstellen [30]) zu ergeben scheint, komme es nun in der auf den Usufructuar nur beschränkt, auf den Ehemann ꝛc. mit fremden Sclaven völliger übergehenden Hauszucht (coercitio), oder bei einem Lehrer vor, nur durch dolus und culpa lata aus dem Aquilischen Gesetze verbindlich machen Denn einmal wird überall nur von saevitia, ja von nimia saevitia praeceptoris, mariti gesprochen, welche hier als culpa in die Zurechnung falle. Das heißt doch gewiß nur jene unnatürliche Rohheit, welche sich den wilden Ausbrüchen des Zornes überläßt, und bezeichnet in unseren Fragmenten gerade die gleichsam personificirte oder eingefleischte culpa dolo proxima. Dann aber sind die angegebenen Beispiele, wenn der Schuhmacher seinen Lehrling, welcher nicht Acht gibt und seine Sache schlecht macht, mit dem Leisten so roh mißhandelt, daß er um sein Auge kommt, auch objectiv von der entsprechenden Beschaffenheit einer durch den Gebrauch eines ungeeigneten Werkzeuges in eine culpa dolo determinata ausartenden augenscheinlichen Ueberschreitung des Züchtigungsrechtes, das wohl Schmerzen verursachen, aber der Gesundheit keinen Schaden zufügen darf, der, wenn der Gezüchtigte ein Sclave war, seinen Werth verminderte. Merkwürdig ist es dabei, daß aus dem allgemeinen Grunde, weil der in seiner Hitze so sehr sich vergessende Lehrer non iniuriae faciendi causa hoc fecerit, sed praecipiendi, vel monendi, selbst bei einem filius familias, die Injurienklage, welche gerade bei bloßen blauen Striemen oder Suggillationen die Aquilische hätte ergänzen können, unbedingt ausgeschlossen wird [31]). Es scheint also wirklich, daß im Sinne unserer Classiker bei der nicht zu verwerfenden wohlgemeinten Absicht der Besserung des Gezüchtigten, wie in den Contracten, die nur zum einseitigen Besten des Gegentheiles gereichen, der bloße Amtseifer durch eine ins Unmenschliche gehende Härte und Fühllosigkeit aufgewogen sein müsse, um hier wahre culpa zu erkennen, und daß von einer culpa levissima in der früher gewöhnlichen Bedeutung auf keinen Fall die Rede sein könne. Das Resultat möchte dahin gehen, daß es darauf ankommt, a) ob das dem Untergebenen oder Lehrling zugefügte Leid noch unter der leidenschaftlosen Form einer wahren Züchtigung erscheint, oder, wie das Treten, Niederwerfen, Schütteln, Stoßen, oder der Gebrauch von Instrumenten, wie sie in Raufhändeln die unbestimmte Absicht zu schaden aus

30) L. 5. §. 3. L. 6. D. 9. 2. L. 13. §. 4. D. locati. L. 17. §. 1. D. de usufructu. L. 24. §. 5. D. 24. 3. Die vorletzte Stelle heißt: Ex eo, ne deteriorem conditionem fructuarii faciat proprietarius, solet quaeri, an servum dominus coercere possit. Et Aristo apud Cassium notat, plenissimam eum coercitionem habere, si modo sine dolo malo faciat, quamvis usufructuarius ne contrariis quidem ministeriis, aut inusitatis artificium eius corrumpere possit, nec servum cicatricibus deformare. Vom Usufructuar handelt L. 23. D. de usufr. in fine.

31) Dieß bestätigen noch besonders L. 15. §. 38. 39. D. de iniuriis. L. 16. §. 2. D. de poenis: Verberibus, quae impunita sunt a magistro allata, vel a parente, quoniam emendationis, non iniuriae gratia videntur adhiberi.

dem Stegreif ergreift, nur als Mißhandlung aufzufassen ist. b) Ob die gewählte Züchtigungsart nicht durch Recht oder Gewohnheit von der Competenz dessen, der sie anwendet, ausgeschlossen ist, wie wenn der Usufructuar die ihm vertrauten Sclaven durch flagellatio, die nur dem Haus- und Criminalrichter erlaubt waren, zur Arbeit antreiben wollte, oder einer unserer Schullehrer statt des gewöhnlichen Schulstockes die Hundepeitsche oder den Kantschuh applicirte. Ist dagegen c) die gewählte Züchtigung eine der in seiner Befugniß liegenden, so wird ihm wegen des Mißverhältnisses zur Schuld, die als Reflexionsfehler passiren muß, schwer beizukommen sein, wenn wir, vom Disciplinarwege abgesehen, den blos rechtlichen Standpunkt fixiren wollen. Die körperliche Züchtigung muß ins Unmenschliche fortgesetzt sein, so daß das **id non intelligere, quod omnes intelligunt**, anwendbar wird. Nach der Analogie des **magistratus aliquid agens violentius adversus resistentem** kommen wir daher auch hier nicht über die **culpa lata** hinaus. Einige Ueberschreitung muß hingehen.

Aehnliche Betrachtungen hat Hasse in Beziehung auf den Baumschneider, auf den, der sein Stoppelfeld nach dem aus Virgil bekannten wirthschaftlichen Gebrauche anzündet, bei dem Hinaustreiben eines fremden Stückes Vieh, das sich auf unser Grundstück verlaufen hat, bei dem, der in der Hitze des Ballspiels einen ihm in dem Aufgreifen des Balles zuvorkommenden fremden Sclaven niederstieß, daß dieser ein Bein brach, so befriedigend entwickelt, daß wir auf ihn lediglich verweisen können. Als Beispiel eines factischen Irrthums kann vorzüglich der **bonae fidei possessor** vor der Litiscontestation angeführt werden, der, mag er auch das von ihm auf öffentlichem Markte gekaufte Pferd zu einem noch so gefährlichen Ritte gebrauchen, oder so mißhandeln, daß er als Hausvater Tadel verdient, darum nicht von dem dasselbe vindicirenden wahren Eigenthümer in Anspruch genommen werden kann. Gundling erläutert den Gegensatz, auf den unsere Lehre zurückgeführt werden muß, in seiner ungeschmückten Weise also: „Ein Student schoß mit einem Blaserohr nach einem Sperling, traf ein Kind ins Auge, welches das Auge darüber verlor. Er hat dem Kinde das Auge nicht wollen ausschießen, deswegen wurde er auch nicht gestraft; aber er war nicht **extra omnem culpam**. Wer heißt ihm in der Stadt schießen? — Aber wenn der Casus so ist, welcher auch in facto passirt: Es ist Einer mitten im Walde, er hat ein wild Schwein sehen laufen; endlich sieht er, daß sich etwas regt, schießt hin und schießt einen Kerl todt. **Quaeritur**: ob ihm solches kann imputirt werden? **Resp. quod non.** Dieses ist mehr **pro fato** zu halten. Wollte einer vorwenden, der **error** sei **vincibilis**, so kann man antworten: wer vermuthet wohl, daß mitten im Walde sich ein Kerl aufhalte? — Hätte er dann rufen sollen: stecket vielleicht ein Bengel hinter dem Busche? So jaget man nicht, die Sau würde alsdann weggelaufen sein. *In* **criminibus** gibt es immer Irrthümer, die **invincibiles** sind, aber bei denen **contractibus** nicht leicht. In Contractsachen habe ich Zeit, da kann ich mich um Alles erkundigen, aber in **criminibus** geht es nicht so an. Wenn ich aber an der Waldspitze geschossen hätte, da wäre es etwas Anderes, **minima circumstantia variat ius**, alsdann kann einem solches

imputirt werden, weil sich da oft Leute pflegen hinzulegen“ [32]). — Nimmt man die Wahrscheinlichkeit des Erfolges als den einzigen Maßstab für die Beurtheilung, ob culpa vorhanden oder nicht, so möchte die letztere weniger bei dem Studenten, welcher funfzigmal aus seinem Blaserohr schießen konnte, bis er einmal nur unrecht, und hundertmal bis er in ein Auge traf, als bei dem Jäger anzunehmen sein, und doch hätte Gundling den letzteren, nach der Aeußerung, daß der von ihm angerichtete Schaden ein damnum fatale sei, freisprechen müssen, wenn der aus dem Busch hervorgekommene Mensch, blos lahm geschossen, den physischen Urheber jener Lähmung ex lege Aquilia auf die Curkosten und seine Versäumnisse belangt hätte. Worin liegt nun der Unterschied, dem ein gesundes Gefühl beizustimmen gleichwohl nicht umhin kann? — Ohne Zweifel darin, daß der Student sich mit seiner brotlosen Uebung nur die Langeweile vertrieb, und dieß nur auf eigne Gefahr thun durfte, während der Jäger in seinem Dienste, in seinem Gewerbe sich befand, und diesem ordentlichen Berufe seine ganze Aufmerksamkeit so schuldig war, daß er, wollte er diesem gemäß handeln, an die Gefahr nicht mehr denken konnte. Je eitler, unfruchtbarer und vermeidlicher ein Treiben für uns selbst war, desto mehr steigt die Haftung für fremden Schaden bis zum periculum, und dieses hat noch den weiteren Grund, weil, je mehr sich dieses Treiben von einem der gewöhnlichen Lebensberufe, in der die Menschheit ihren allgemeinen Beruf individualisiren muß, entfernt, um so mehr auch jeder Vergleichungsmaßstab wegfällt, — ein Satz, der sich auf jeden in das Grillenhafte oder in eine Posse ausartenden Gebrauch der natürlichen Freiheit, z. B. auf das Schlagen eines Purzelbaumes, anwenden läßt. Beim Jäger haben wir in diesem Vergleichungsmaßstabe eine feste Grenze dessen, was jedem ordentlichen Jäger im gleichen Falle begegnet wäre, an die wir uns halten können. Bei jenen Originalen geht dagegen diese Grenze verloren, und wir sind daher nothgedrungen, das Aeußerste zu verlangen, um nicht überhaupt jede Verantwortlichkeit aufzuheben. Umgekehrt erhöht wieder der gewählte Lebensberuf aus mehrfachen Rücksichten die Ansprüche an unseren Fleiß. Dem Jäger, dem Soldaten, die täglich mit geladenem Gewehr umgehen, wird die geringste Unvorsichtigkeit im Tragen, Aufhängen desselben ꝛc. zugerechnet werden, die einem Bauer hingehen würde, der unter den Umständen nicht vermeiden konnte, sich damit zu befassen. Jede Nachsicht wäre im ersten Falle höchst gefährlich, eben weil das Gleiche bei ihnen zu oft vorkommen kann. Wer sich nicht darauf versteht, soll so was am wenigsten zu seiner täglichen Beschäftigung machen, wie es schon nicht anders, als auf eigne Gefahr zugelassen werden kann, sich mit Geschäften dieser Art, und sei es Hundeführen und Kutschiren, ohne Noth zu befassen, ohne der Kräfte und Fähigkeiten, welche zu einem ordentlichen Manne eius conditionis gehören, gewiß zu sein. Diese Verpflichtung erhöht sich, je mehr die Ehre und Einträglichkeit, welche das Geschäft ihm belohnt, auf dem Nutzen beruht, den es Anderen gewährt und verspricht. Daher der Fleiß, den wir von dem Arzte, von dem Operateur, von dem

32) Discours über das Natur- und Völkerrecht, S. 67.

Künstler verlangen, denen eben deswegen in unseren Fragmenten angerathen wird, sich auch gegen das, wofür sie unmöglich einstehen können, lieber zu verwahren, weil sie sonst angesehen werden, als haben sie die Gefahr auf sich genommen, was zugleich den von Hagemeister entwickelten Einfluß der Vertragsverhältnisse auf die Aquilische culpa außer Zweifel setzt [33]). So berühren sich die Extreme in dieser Lehre, welche je einfacher in ihren Principien, desto schwieriger und verwickelter in der Anwendung ist. Doch genug über die Aquilische Culpa, bei der wir, da sie zugleich den allgemeinen Theil unserer Doctrin zu entwickeln Gelegenheit gab und in unserer Literatur noch am meisten desideriren läßt, am längsten verweilen mußten. Bei der besser vorgearbeiteten außeraquilischen culpa dürfen wir uns dagegen kürzer fassen.

Die außeraquilische culpa unterscheidet sich von der Aquilischen hauptsächlich durch ihr Object, und begreift auch solche Vermögensbeeinträchtigungen, welche aus keiner Körperverletzung an Personen oder Sachen, und solche Körperverletzungen, welche nicht unmittelbar aus der uns zu imputirenden Handlung, sondern erst aus einer eignen freien Verfügung des Beschädigten, als nächster Ursache, entstehen und durch das, was wir zur Erweiterung seines Vermögens zu seiner Verfügung gestellt haben, veranlaßt worden sind. Sie setzt eine Verpflichtung voraus, Andere vor Nachtheil zu warnen und zur Erhaltung ihres gegenwärtigen Vermögens selbstthätig mitzuwirken, auf welche, wie wir gesehen haben, die allgemeine Bürgerpflicht durch kein Gesetz ausgedehnt werden konnte, weil sie mit der Sorge für die eigne Erhaltung, wozu das Recht vor allem ermächtigen mußte, unvereinbar, nur durch Willkür übernommen sein kann. Sie setzt mit einem Worte eine Obligation voraus, während die Aquilische eine Obligation erst hervorbringt. Die letztere erschien daher, von dem Falle des dolus abgesehen, in ihrer reinsten Gestalt als bloße culpa, neben der zur höchsten Verantwortlichkeit verbindenden Naseweisheit, welche sich unberufen mit fremden Sachen befaßt, oder dem, was in der Welt für einen bloßen Muthwillen gilt, hauptsächlich bei der Berufsthätigkeit, bei der Ausübung des eignen Rechtes und dem Gebrauche der natürlichen Freiheit, welche uns verkümmert würden, wollte man die Zumuthung, für Andere bedacht und besorgt zu sein, so hoch steigern, daß wir darüber uns selbst und das, was uns zu thun gebührt, vergessen müßten. Aber sie schließt nicht einmal alle dolose Facten ein. Wer Jemand wissentlich schlechte Stützen oder schadhafte Gefäße leiht, schadenfroh oder gleichgiltig, ob das gestützte Gebäude zusammenbricht, oder der in die letzteren gefüllte Wein verdirbt; noch mehr, wer dem Anderen eine fremde Sache schenkt und ihn dadurch um den vor der Eviction darauf gemachten Aufwand bringt; wer mir erlaubt in seinem Grundstücke Letten zu graben und, nachdem dieses mit Kosten geschehen ist, dessen Abfuhr nicht leidet; wer einen ihm als Dieb bekannten Sclaven ungewarnt verkaufte, oder ihn zu kaufen Auftrag gab, — kann so wenig unter das Aquilische Gesetz gestellt werden, als die Klage aus diesem Gesetze

33) L. 27. §. 29. D. ad leg. Aquil.

demjenigen zugestanden wird, welcher an der verdorbenen oder zu Grunde gerichteten Sache noch kein Eigenthum, sondern nur ein Forderungsrecht auf dieselbe hat; und es war ein starker Mißgriff von Schömann, wenn er in beiden Beziehungen schwankte und Beeinträchtigungen hierher bezog, welche zum Theil nur ex dolo oder culpa lata verantwortlich machen, und daher nach der ausdrücklichen Entscheidung unseres gemeinen Rechtes nur mit der actio doli oder mit einer Contractsklage verfolgt werden können, deren es gar nicht bedarf, wenn das durch eine allgemeine Bürgerpflicht zu einem kategorischen Unrecht erhobene Uebel, wie bei der Tödtung, in dem Erfolge liegt, so daß dadurch jede Zurechnung mindestens civilrechtlich in Anspruch genommen wird, sobald es ohne eignen Nachtheil von uns auch nur verhütet werden konnte, was nicht der Fall ist, wenn es nur durch ein ohne Entgelt uns nicht zuzumuthendes Opfer in der gewöhnlichen Benützung unseres Eigenthums oder nur durch Aufwand von Arbeit und Mitteln möglich war, da wir Anderen nur nicht schaden, aber nicht zugleich nützen sollen. Daher fällt auch der Usufructuar, der z. B. die Wasserleitungen und Wehre nicht gehörig unterhält, wobei in Zeiten oft mit etlichen Thalern ausgerichtet wird, was auf die Dauer durch die Einwirkung des Elementes zur Wiederherstellung ein großes Capital erfordert, trotz des ihm zu imputirenden physischen Verderbes des Wasserbaues, nicht unter die lex Aquilia, aber nicht deswegen, weil er nur durch Unterlassung schadet, sondern darum, weil die allgemeine Bürgerpflicht nicht auf einen Aufwand geht, der nur aus seiner speciellen Verpflichtung als Nutznießer verlangt werden kann, welche die Römer nach ihren Begriffen von der natürlichen Freiheit erst durch eine besondere cautio usufructuaria vollständig begründet erachteten. Umgekehrt war es ein fast noch ärgerer Mißgriff, wenn Schömann versucht war, den Fall der L. 25. §. 7. D. locat. unter die lex Aquilia zu stellen, obgleich nicht zu verkennen ist, daß die Säule durch ein ungeschicktes Thun zerbrach. Allein wer vermag den Transport einer Säule in die entfernteste Beziehung mit einer allgemeinen Bürgerpflicht zu bringen? Er ist zudem ein so außerordentliches Geschäft, worauf keine allgemeine Polizeivorschrift sich einlassen kann, wie man damit umgehen soll.

So wie in der Aquilischen culpa die diligentia verschwindet, deren Abwesenheit wir erst aus dem Erfolge gewahr werden, so tritt dagegen die der außeraquilischen culpa correspondirende diligentia so sichtbar und objectiv hervor, daß es sich daraus erklärt, warum sie bei ihr eine eigentlich technische Bedeutung bekommt, als in verschiedenen Richtungen thätiger Eifer, bald Andere vor Nachtheilen sorgfältig zu warnen, bald ihre Sachen vor verderblichen Einflüssen fremder natürlicher oder freier Ursachen zu behüten, bald als Arbeit und Aufwand, um ihre Sachen nicht nur als Körper, sondern auch als Güter und Bestandtheile ihres Vermögens in ihrem Werthe zu erhalten, bald ihren Vortheil gehörig wahrzunehmen und ihr Vermögen vor Abgang zu bewahren durch wahrhaft productive Bestrebungen, welche dasselbe in der Wirkung eben so wohl vergrößern können. Sie umfaßt daher einen Theil des Ganzen, welches, in der Persönlichkeit concentrirt, das reine Rechtsgesetz der eignen Sorge des

Hausvaters für sich, die Seinigen und seine Angelegenheiten ausschließend überlassen mußte, aber eben deswegen ihn in dieser Sorge durch keine weiteren Rücksichten beschränken konnte, als durch diejenige, welche die lex Aquilia uns auflegt.

Die Erweiterung dieser allgemeinen Bürgerpflicht entspringt daher nur aus der Autonomie der Privaten, welche das Gesetz nur regeln, aber nicht vorschreiben konnte, aus Verträgen und vertragsähnlichen Verhältnissen. Zwar begründen auch Delicte und unerlaubte Handlungen obligationes ad restituendum, welche auf nicht beabsichtigte Schadenzufügungen sich beziehen, wie wenn der Dieb im Ausräumen eines Schrankes Gläser zerbricht, die er nicht stehlen wollte, oder welche, wie der Dieb, der, um eilig in das Weite zu kommen, das gestohlene Pferd zu Schanden reitet, der dazu Verpflichtete sich durch eine neue Schuld unmöglich machen kann. Aber für die Frage dieser schuldigen Diligenz sind sie von keiner praktischen Erheblichkeit, weil eine an sich unerlaubte Handlung schon das periculum casus überträgt. Ueber die allein einer besonderen Erörterung bedürftigen Verträge und vertragsähnlichen Verhältnisse, im Gegensatze des Gesetzlichen, hat sich der Rechtsphilosoph Thomas Hobbes vielleicht mit einer Schärfe ausgesprochen, welche einem Ulpian und Paulus keine Schande machen würde: Pactum est promissum, lex mandatum. In pactis faciam dicitur, in legibus fac. Pacto obligamur, lege obligati tenemur. Pactum obligat per se, lex obligatum tenet virtute pacti universalis de praestanda obedientia. Ideoque in pacto prius determinatur, quid faciendum est, quam ad faciendum obligamur, sed in lege ante obligamur ad faciendum, quid vero faciendum sit, determinatur post. Ich gestehe, daß mir diese Stelle über das Charakteristische des Obligationenrechtes in der speciellen Beziehung auf unsere Frage erst Licht gegeben hat, zu welchem, wenn ich nicht irre, unsere Classiker schwerlich irgend eine gemeiniglich sogenannte obligatio immediata ex lege, z. B. die der Eltern ꝛc. zur Leistung von Alimenten, des Vaters zur Ausstattung seiner Töchter, gezählt hätten. Sie gehören nicht in die Kategorie, weil sie das Gesetz formell und materiell schon voraus bestimmt hat, wohingegen wahre Obligationen besonders materiell erst durch das obligatorische Factum bestimmt werden, welches sie bald so, bald anders gestaltet, wozu die ohnehin meist aus dem Landüblichen geschöpfte und in diesem frei entstandene gesetzliche Form der Willkür einen unmöglich genau vorzumessenden Spielraum läßt. In dieser Kraft, sich wechselseitig zu verbinden und verbunden zu werden, liegt das unverwüstliche Urrecht der Rechtssubjecte, die Mutter des Gewohnheitsrechtes, wodurch die mustergiltigsten Vorgänge seines Gebrauchs allmälig zu allgemeinem Ansehen gelangt sind, und der frische Hauch, welcher die positivste Gesetzgebung belebt und durchdringt. Es bewährt sich aber darin auch, daß jene cognatio, quam natura inter nos constituit, jene Mitgeborenheit, in der wir uns als zu einem gemeinsamen Leben verbundene freie Wesen gewahr werden, die einander, wenn auch nicht immer mit gleicher Münze, doch in gleichem Werthe bezahlen kön-

nen, wie uns eben so wohl durch Vergeltung von Beleidigungen, als durch Versagung von Gegendiensten fühlbar wird, und welche ihre individuelle Freiheit nur in demselben Verhältnisse bewähren und froh werden, als sie je sich nach dem Prototyp eines bonus et diligens paterfamilias in den verschiedensten Exemplaren selbst ausbilden, und als es ihnen gelingt, miteinander diejenigen Berührungspunkte ausfindig zu machen, in welchen sie sich in ihrem gemeinsamen Leben ergänzen können und müssen, — keine Fabel ist. Wir gehören alle einem gemeinschaftlichen Stamme an, der sich durch die Ungleichheit der Gaben, Geschicklichkeiten und Glücksgüter so verzweigt hat, daß der größte Egoist sich nicht davon absondern oder eines Beistandes Anderer entbehren kann, den er sich nur dadurch verschafft, daß sie ihm glauben. Eine allgemeine Vorsicht und ein gegenseitiges Mißtrauen, das die Menschen von einander entfernt, würde sowohl den allgemeinen Beruf unseres Geschlechtes, als die besonderen Lebenszwecke jedes Einzelnen vereiteln, und wer hieran zweifelt, der hat nicht bedacht, wie sehr wir jede Stunde in unserem Leben uns auf Andere verlassen oder ihnen etwas zutrauen müssen; daß wir nicht einen Schritt thun, ja, was noch schlimmer ist, nicht einen Augenblick ruhig stillsitzen können, ohne von dem, was Andere thun oder thun werden, versichert zu sein, und zwar gerade in Beziehung auf solche Handlungen, worüber ein allgemein gebietendes Gesetz unmöglich ist, weil dieses mit der schuldigen Garantie ihrer natürlichen Freiheit oder ihres wohlerworbenen Rechtes in Widerspruch gerathen wäre, und wozu wir sie also erst in einer nur subjectiv auszumittelnden Gleichheit ähnlicher Erwartungen frei bestimmt und verpflichtet haben müssen.

Solchen aus Verträgen im engeren Sinne entspringenden Obligationen stellt nun unser gemeines Recht nach seinen zarten Begriffen von der natürlichen Freiheit auch andere Zustände, welche eine Obligation erzeugen, und nicht nur die Fälle gleich, welche es ausdrücklich als obligationes quasi ex contractu bezeichnet, sondern auch diejenigen, wobei die Obligation von dem zur Wahrnehmung seiner Interessen zunächst berufenen creditor erlassen wird, und auf der anderen Seite der debitor derselben sich durch Verzichtleistung auf sein dadurch begrenztes Recht entziehen konnte. Dahin gehört insbesondere der bonae fidei possessor nach der Litiscontestation gegenüber vom Vindicanten, der Usufructuar dem Proprietär gegenüber, und der Erbe im Verhältniß zu den Legatarien, deren Pflichten, so genau sie durch das Gesetz bestimmt sind, doch als durch eigene Willkür auf sich genommen gewürdigt werden. Je freier übrigens diese verschiedenen Obligationen contrahirt werden, desto strenger wird unter Umständen die Imputation in Beziehung auf Handlungen, wodurch wir uns, wenn auch ohne schlimme Absicht, ihre Erfüllung ganz oder theilweise unmöglich gemacht haben. Doch werden — sehr verschieden von der Behandlung der culpa unter der lex Aquilia, wo es, ist der Erfolg eingetreten, genügt, ihn an irgend ein Moment subjectiver Verantwortlichkeit anknüpfen zu können, durch welches er mehr, als blos zufällig erscheint, und daher entweder Schuld oder casus vorhanden ist, was man aber, da unter Umständen ein sehr nahe liegender Causalzusammen-

hang in den letzteren übergeht, wenn diese Verantwortlichkeit nur qualitativ unerfindlich ist, ohne daß es auf das Quantitative ankommt, schlechterdings nicht von einer erhöhten Zurechnung verstehen darf, — in Beziehung auf den aus Obligationen entspringenden Fleiß drei Prästationsgrade unterschieden, indem in einigen dieser Verhältnisse nur dolus und culpa lata, in anderen neben dieser nur diligentia in suis rebus consueta, in anderen aber noch diligentia diligentis, plena custodia oder das, was man mit einem Worte culpa omnis nennt, für die Folgen verantwortlich machen. Wir glauben diese Begriffe durch die Folge unserer Betrachtungen befriedigender charakterisirt zu haben, als dieß durch Definitionen möglich ist. Im Allgemeinen bedeutet die diligentia eine Spontaneität, welche durch ihre Hurtigkeit eine sich selbst antreibende Kraft zeigt und in jedem Staatsbürger zum Charakter werden soll. Ohne eine solche Selbstbestimmung können wir schon dem allgemeinen Rechtsgebote: neminem laede nicht genügen, nur trifft hier die Diligenz mit dem schon gegenwärtigen Objecte unserer Pflicht und dem Erfolge der Verletzung so zusammen, daß sie nur einen dem Strafrichter wichtigen inneren Unterschied in der moralischen Schätzung bildet, um den sich der Civilrichter wenig bekümmert. Dieß ist anders bei Obligationen, theils weil ihr Object erst ein künftiges ist, theils weil sie schon qualitativ in der übernommenen Sorge für eine fremde Angelegenheit besteht. Hier bekommt die Diligenz einen objectiven Charakter und muß sich in Vorkehrungen zeigen, damit die künftige Erfüllung nicht vereitelt werde, zugleich aber auch in einem Aufwande von Ruhe und Bequemlichkeit, welcher sein Maß haben muß. Die custodia verhält sich zur Diligenz als Theil zum Ganzen und ist ein gleich unbestimmter Begriff, über den viel unfruchtbarer Streit geführt worden ist. Sie bezieht sich auf Bewahrung körperlicher Sachen, die entweder fremdes Eigenthum sind oder durch die zu lösende Obligation es werden sollen, vor Verderben, z. B. durch Nässe, durch Benagen von Mäusen (L. 13. §. 6. D. locati) und Abhandenkommen, ohne daß man Deterioration und gänzlichen Verlust unterscheiden darf (vergl L. 1. §. 7. u. L. 2. D. 7. 9.). Im engsten Sinne scheint damit freilich die regelmäßige Verantwortlichkeit wegen Diebstahls und Usucapion bezeichnet. Indessen ist dieß nur so zu verstehen, daß der zur diligentia Obligirte den Beweis führen muß, daß er ohne seine Schuld um die Sache gekommen (Hasse, §. 84—86), wohin besonders gehört, daß er Sachen, die man wegen ihres Werthes zu verschließen pflegt, gehörig verschlossen habe ꝛc. Erst hier bekommt auch der Unterschied zwischen culpa lata und levis eine praktische Bedeutung, während er bei der Aquilischen culpa sich in der doppelten Beziehung in das Nichtzuunterscheidende verliert, weil auf der einen Seite das, was in dieselbe fällt, oft gar keine wahre Schuld, sondern eine wegen der Frivolität unseres Handelns zu vertretende Gefahr ist, und weil auf der anderen Seite das, was, eine besondere Verbindlichkeit zum Fleiß vorausgesetzt, als grobe Fahrlässigkeit erscheinen würde, wegen der wohlbefugten Handlungsweise oft als reiner Zufall angesehen wird. Man wird daher auch jenen Unterschied in unseren Fragmenten

nur in Beziehung auf Contracts- und Quasicontractsverhältnisse hervorgehoben finden, außer denen er übrigens noch für das Strafrecht wichtig ist. Ueber jene allerdings auf ein Quantitatives, auf ein Mehr oder Weniger sich beziehenden Prästationsgrade gibt es nun durchaus keine allgemeine Regel, die sich mit Rücksicht auf ihr unterzuordnende und sie blos in der Anwendung modificirende Ausnahmen aufstellen ließe. Zwar hat der Herausgeber der zweiten Auflage von Hasse im Anhange eine solche Regel ausfindig zu machen geglaubt, indem er aus einigen Stellen scheinbar abzuleiten suchte, daß sogar bei Stipulationen, welche doch bekanntlich für den Promissor am günstigsten oder am wenigsten beläſtigend ausgelegt werden sollen, nach unserem gemeinen Rechte omnis culpa habe präſtirt werden müſſen, und dieses Argument wäre allerdings sehr schlagend. Allein es wundert uns nicht, daß Hasse selbst, dem er jenen Aufsatz bei seinen Lebzeiten mitgetheilt hatte, sich dadurch nicht überzeugen ließ. Der aufgewendete Scharfsinn scheitert an der viel zu klaren L. 91. pr. D. de verborum obligationibus [34]), besonders wenn wir sie mit der L. 31. §. 12. D. de aedilitio edicto, wo von dem redhibitorisch belangten Käufer die Rede ist, zusammenhalten. Auch Hasse hat sie §. 34 seiner Schrift nicht ganz unbefangen gedeutet. Sie sagt dem Sinne nach, daß der Promissor einer Species nur für dolus und culpa lata hafte, und das: si autem negligat infirmum, ist, wie der Gegensatz des bonae fidei possessor nach der Litiscontestation ergibt, gewiß nur von einer Unachtsamkeit zu verstehen, welche daraus entstand, daß er, wie der in der anderen Stelle angeführte Käufer, die Krankheit des versprochenen Sclaven nicht für so gefährlich ansah, daß hier nicht Hausmittel ohne Arzt genügen, oder daß man sich nicht auch auf einen minder erfahrenen Arzt verlaſſen könne, und welche eben deswegen noch in das Gebiet der culpa levis fällt. Denn Ulpian will ja ein Beispiel von dieser geben, die wir ohnehin in dem Falle des gemeinen Lebens, wovon er spricht, als die gewöhnliche voraussetzen dürfen. Dieses zeigen die Eingangsworte des §. 12 cit.: Culpam omnem accipiemus, non utique latam. Der am Schlusse der L. 91. D. de verb. oblig. angeführte Entscheidungsgrund: An culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? — quod magis probandum est, quia qui dari promisit, ad dandum, non ad facien-

34) Si servum stipulatus fuero et nulla mora intercedente servus decesserit: siquidem occidat eum promissor, expeditum est, sin autem negligat infirmum, an teneri debeat promissor? — Considerandum est, utrum quemadmodum in vindicatione hominis si neglectus (schon dieses Wort ohne Beisatz drückt gewöhnlich nur das Gegentheil einer noch über die culpa lata hinaus erwarteten diligentia aus) a possessore fuit, culpae eius nomine tenetur possessor, ita et cum dari promisset? An culpa, quod ad stipulationem, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? — quod magis probandum est, quia qui dari promisit, ad dandum, non faciendum tenetur. Die Behauptung unserer Auslegung, deren Ausführung hier nicht an ihrem Orte wäre, behalten wir einem Anderen bevor, und werden sie mit älteren Autoritäten bestärken. Vergl. übrigens auch das unmittelbar folgende L. 23. eodem, Paulus R. S. V. 7. in fine.

dum tenetur, darf nicht zu buchstäblich genommen werden. Es soll damit unseres Erachtens gerade jener thätige Eifer, jene rührige Geschäftigkeit bezeichnet werden, wodurch in Obligationsverhältnissen die diligentia sichtbar wird, sollte sie auch unglücklicher Weise ihren Zweck verfehlen, während bei der culpa lata der, gleichviel ob aus Begehungs- oder Unterlassungshandlungen hervorgehende, Erfolg vor Augen steht, nur einer wahren Gleichgiltigkeit unvermeidlich, und von der culpa Aquilia nur darin verschieden, daß diese durch den Erfolg zuweilen erst ausgewiesen wird, weil wir sonst, wie bei dem Studenten, der nach Spatzen mit dem Blaserohr schoß, gar nichts Widerrechtliches wahrnehmen würden. So verstanden scheint uns diese Stelle gerade das sprechendste Bild der diligentia im technischen Sinne zu zeichnen, und legt man sie anders aus, so kommt man am Ende dahin, daß man nach dem Sinne dieses Fragmentes auch dann dem Promissor nichts anhaben könne, wenn er den versprochenen Sclaven durch die unterlassene Verabreichung nöthiger Lebensmittel verhungern ließ, weil er ihn dann nicht buchstäblich todtgeschlagen hat, was man doch mit der L. 15. D. ad legem Corneliam nicht vereinigen und noch weniger dem gesunden Verstande der alten Juristen zutrauen wird, von denen wir eine so starke Befangenheit in die strenge Wortverbindlichkeit sonst nirgends gewohnt sind[35]). Mit Bethmann-Hollweg denselben Weg einschlagend, kommen wir also auf das alte Resultat zurück, daß sich für Verträge und vertragsähnliche Verhältnisse nur die einzige durchgreifende Regel aufstellen läßt, daß dabei dolus und culpa lata, als mit der bona fides unverträglich und den Mangel am guten Willen beweisend, prästirt werden müssen. Für die über dieses Ziel hinausgehende und den nach einem Prototyp ausgebildeten rechtlichen Charakter, wie er nach der Culturstufe des Volkes billig zu fordern ist, voraussetzende diligentia ist eine gleiche durchgängige Regel in unserem gemeinen Rechte nicht nur nicht gegeben, sondern sie wird auch der Doctrin darum nie gelingen, weil die schuldige Diligenz durch zwei scheinbar entgegengesetzte Principien bestimmt wird, welche sich in ihrem Conflicte viel zu mannigfaltig beschränken.

Das eine in den Fragmenten unserer Classiker mehr vorausgesetzte, als deutlich ausgesprochene Princip ist an der schwierigen Frage, warum gerade der Mandatar und der negotiorum gestor, obgleich aus dem Geschäfte selbst in der Regel nicht belohnt, zur diligentia et custodia plena verbunden sind, von Hasse[36]) treffend entwickelt und beruht auf der auch in anderen Verhältnissen zwar minder auffallenden, aber doch nie ganz verschwindenden Stellvertretung für Andere. Das andere

---

35) Für die freiere Auslegung und Behandlung auch der Stipulationen zeugt wohl auch die L. 32. D. de R. J.

36) Cap. VI. §. 94. Es ist befremdlich, daß sich der Herausgeber der zweiten Auflage mit dieser Entwickelung so wenig befreundet hat. Die von einem anderen Schriftsteller verheißene Entdeckung, daß der Mandatar nur culpam latam prästirt habe, wollen wir erwarten, wiewohl sie schon Vorgänger hat, welche sie aus bekannten Quellen behaupteten. Möchte es uns gelingen, den Gedanken Hasse's in das gehörige Licht zu setzen.

in jenen Fragmenten desto öfter angeführte Princip liegt in der Erwägung, ob das Geschäft, woraus unsere Obligation entspringt, uns gegenseitigen oder gar nur einseitigen Vortheil gewährt, oder ob wir dadurch nur belästigt erscheinen, was sich schon bei der Eingehung zeigt, wer dem Anderen gute Worte zu geben Ursache hat, oder den Anderen zum besonderen Danke verpflichtet. Beide Momente bewirken im Grunde die Verbindlichkeit zum Fleiße zusammen, obgleich wir diese combinirte Wirkung nicht immer gewahr werden, da oft das Eine in das Andere sich so verliert, daß dieses in einer für sich den Ausschlag gebenden intensiven Stärke hervortritt. Wir versuchen dieses aus dem Wesen einer jeden Obligation abzuleiten, wobei uns die bekannte Definition des Paulus zum Anhaltepunkte dient, obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquid corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum. Keine Obligation unterwirft ein Object unserer unmittelbaren Verfügung, sondern nur mittelst einer persönlichen Leistung, wozu wir Jemand anhalten dürfen. Ein solches Band gewinnt jedoch erst dadurch seine tiefere und zugleich edlere und menschlichere Bedeutung, wenn wir die Lösung desselben nicht blos auf den dem Creditor erlaubten Zwang beziehen, obgleich sich die Römer dieser Ansicht in ihren stricti iuris negotia stark genähert haben, sondern wenn es auf die vom debitor zu erwartende Selbstthätigkeit radicirt wird, obgleich alsdann deren Mangel ihn für alle, in das gegenwärtige Vermögen eines Anderen, so weit es mit seinem Forderungsrechte in unzertrennlicher Verbindung steht, nachtheilig einwirkende Folgen verantwortlich machen muß. Damit geht folgeweise ein Theil des Aufwandes von Eifer, Arbeit und Mitteln für den Bestand unseres Vermögens durch einen mindestens die Consumtion ausgleichenden beständigen Erwerb, zur Bewachung und Erhaltung unserer Güter und ihres Werthes ꝛc., welche das Rechtsgesetz der eigenen Sorge eines Jeden zuwies, indem es zugleich den Schutz der Ausübung seiner Rechte darauf berechnete, daß er hierin so wenig, als möglich gehindert sei, auf einen Anderen über. Gibt es nun keine Obligation, welche sich von einem gewissen Grade von Diligenz trennen ließe, so kann man mit Wahrheit sagen, daß in jeder ein Rollenwechsel des allgemeinen Rechtsberufes vor sich geht, der eine Art von repräsentativem Charakter hat und den Kern unserer Persönlichkeit zum dienenden Gliede einer fremden Rechtssphäre in Anspruch nimmt. Und so ist es wirklich. Das Geringste, was mindestens bei allen bonae fidei negotia — ob die actiones stricti iuris so weit gehen, dürfte zweifelhaft sein — erwartet wird, ist, daß der Verpflichtete der übernommenen Sorge für fremde Angelegenheiten sich so annehme, wie er in gleichem Falle für die eigenen zu sorgen gewohnt ist. Denn unser gemeines Recht stellt gerade in der engen Beziehung auf Contracts- und Quasicontractsverhältnisse eine erwiesene Sorglosigkeit, welche diesen von uns selbst gewohnten Fleiß vermissen läßt, die Ueberführung einer Hintansetzung fremder Sachen und Geschäfte, als solcher, gegen die eigenen, einer culpa lata gleich, welche unbedingt prästirt werden muß [37]).

37) L. 32. D. depositi. Hasse, Cap. VI, §. 63 der ersten Ausgabe.

Umgekehrt aber gestattet es nur ausnahmsweise die Entschuldigung, sich darauf zu berufen, daß man es in eigenen Angelegenheiten nicht besser zu machen pflege, wenn ein Anderer es besser gemacht hätte und besser machen konnte, und verlangt, den Verpflichteten nach dem Prototyp eines bonus et diligens paterfamilias richtend, in der Regel das, was in diesem Stücke ein tüchtiger und fleißiger Mann seines Gleichen geleistet haben würde. Gewiß hat weder die Philosophie, noch das Christenthum je zu einer reineren Selbstbestimmung und so sehr bis zur Idee zu erheben vermocht.

Auf der anderen Seite hat jedoch eine solche Zumuthung, sich in Anderen zu vergessen, oder in ein fremdes Rechtsgebiet hinein zu leben, eine solche geistige Dienstbarkeit, welche die Obligation zu einem officium steigert, obgleich gerade das der Ethik verwandte moralische Element der Obligation etwas, Abstoßendes für den juristischen Standpunkt, welcher mit der irdischen, auf das Greifliche und Egoistische beschränkten Natur des Rechtsbegriffes eine Aussöhnung verlangt. Diese beruht nun neben der Bedingung, daß jene Dienstbarkeit nur vorübergehend bis zur Lösung der Verbindlichkeit sei, daß sie ferner auch objectiv ihre bestimmten Grenzen habe und besonders nicht über eine relative Mitwirkung zur Erhaltung des gegenwärtigen Vermögens besonders erstreckt werde, hauptsächlich auf einer Freiwilligkeit, welche durch ein verhältnißmäßiges eigenes Interesse bestimmt wurde. Das letztere sind wir nun zwar auch bei bloßen Wohlthaten, welche in Form einer bürgerlich verbindlichen Verheißung oder eines Contractes eingekleidet vorliegen, vorauszusetzen genöthigt, weil alle Rechtsgewißheit verloren ginge, wollte man über die unendlich möglichen interessirten Bestimmungsgründe, wozu ja nach der L. 54. §. 1. D. de furtis schon die Rechnung auf Erkenntlichkeit oder das sibi beneficii debitorem acquirere gehört, einen speciellen Beweis ihrer Verhältnißmäßigkeit verlangen und diese nicht vermöge der dafür allein competenten subjectiven Beurtheilung eines Jeden schon mit dem Vertrage selbst als entschieden annehmen. Aber es kann doch für den Umfang der Vertragsverbindlichkeiten und für die nicht selten zweifelhafte Frage, ob wirklich eine feste und obligatorisch gemeinte Zusage vorliegt, oder nur ein Zeugniß wohlwollender Gesinnungen, mochte dieses auch Erwartungen erregen, keineswegs gleichgiltig sein, ob schon der Inhalt des Vertrages ein solches verhältnißmäßiges, compensirendes und schätzbares Interesse darbietet, das nach einer anerkannten Regel freier Wechselwirkung den Eintritt in die Obligation bestimmt. Wo dieses nicht der Fall ist, da müssen wir von Rechtswegen den durch den Vertrag allein begünstigten Gegentheil zur höchsten Sorgfalt verpflichten, den ihm erwiesenen Dienst dem Wohlthäter so unschädlich, als möglich zu machen, und die Regel des Africanus in Anwendung bringen, aequissimum, nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxit, non sui commodi causa suscepit, damnosum esse.

Das erste Princip ist bei dem Mandat, der Geschäftsführung und derjenigen Verwaltung öffentlicher Diener, welche sich auf die Vermögensrechte des Staates oder der Corporationen bezieht, hauptsächlich entschei-

dend, weil hier die Stellvertretung die vollkommenste ist, als rein im fremden Interesse übernommen sich anpreist, so daß ein mandatum mandatarii tantum gratia datum als contradictio in adiecto gar nicht besteht, demohngeachtet aber, je weniger an genaue Instructionen gebunden, desto leichter die Principalschaft in Verbindlichkeiten oft gegen Dritte und immer in Gegenansprüche hineinzieht, die, wenn auch der nur seinem Diensteifer folgende Mandatar ꝛc. selbst nichts davon hat, doch ihr Maß haben müssen, damit nicht der allgemeine Nutzen der Bequemlichkeit, sich Anderer zu seinen Geschäften zu bedienen, durch besorgliche Nachtheile aufgewogen und vereitelt werde. Daher soll in diesen Fällen nicht nur dolus, sondern auch culpa omnis, nicht nur die bona fides, sondern auch die diligentia prästirt werden und nur der casus improvisus ausgeschlossen sein [38]). Daß er außer seiner Entschädigung aus dem Geschäft keinen Anspruch auf eine mit der auf sich genommenen Verantwortlichkeit im Verhältniß stehende Belohnung hat, ist zwar wahr, kann aber, da die uneigennützige Verrichtung, wozu er sich aus freiem Willen verpflichtet, gerade im Verhältniß ihrer rücksichtlosen Ausführung um so mehr Ehre und Erkenntlichkeit einbringen muß, von dem schuldigen Fleiße um so weniger entbinden, da es bekannt ist, wie sehr ein guter Geschäftsführer sich in dieser Welt empfiehlt, und wie reell sich die nachfolgende Erkenntlichkeit, auch ohne vorausbedungene Schuldigkeit, auf die Dauer beweist. Dieser Fleiß darf daher so wenig nach dem Maße, welches vom Principal zu erwarten gewesen, da dieser oft sich Anderer gar nicht bedienen würde, wenn er seine Sachen selbst zu besorgen verstände, als nach dem vom Geschäftsführer in eigenen Angelegenheiten gewohnten Fleiß gemessen werden, weil man die eigene Taktfestigkeit vorher prüfen muß, bevor man sich ambitionirt, neben den eigenen auch noch fremden Geschäften sich zu unterziehen. Doch geht auch seine Schuldigkeit nicht über die diligentia diligentis, über die diligentia in abstracto, zu Anstrengungen und Auszeichnungen über dieses Maß hinaus, kann ihn wohl die Aussicht antreiben, sich Ruhm und Dank zu erwerben; aber das nur durch Gleichartiges und Gewohntes zu fixirende Recht kann die Verantwortlichkeit so weit nicht ausdehnen. Schon hierdurch verliert jene Rechtsthesis das Abschreckende, was ihr achtungswerthe Gegner erweckt hat, und damit hängen auch die weiteren Beschränkungen ihrer Anwendung zusammen, welche wir, kürzlich anzudeuten, uns begnügen. Wegen der Uneigennützigkeit, womit sich der Geschäftsführer der Last einer fremden Geschäftsbesorgung zu unterziehen hat, mußten wir, da hier das eine Princip den Ausschlag gab, zur Zufriedenstellung des Anderen einen desto stärkeren Accent auf eine auf die Zukunft speculirende Freiwilligkeit legen, womit er sich einer solchen Vertragspflicht unterwirft. Allein eben da-

38) L. 11. 13. 21. C. u. L. 22. §. 11. D. mandati. L. 1. §. 12. D. depositi. L. 6. D. de adm. rerum ad civit. pert. L. 3. §. 5. D. de iure fisci. Paulus R. S. 1. 4. §. 1. L. 11. 6. §. 12. 21. §. 3. 39. D. de negot. gest. §. 1. J. de obligationibus, quae quasi ex contr. L. 20. C. de negot. gest. L. 24. C. de usuris.

durch wird sehr nahe gelegt, daß jedes Verhältniß, welches den in diese Obligation eintretenden Geschäftsführer nicht ganz wahlfrei erscheinen läßt, so wenig ohne Einfluß auf den von ihm zu vertretenden Fleiß bleiben kann, als der entschiedene Wille und die eigene Schuld des Geschäftsherrn. Dieses läßt sich leicht auf den Tutor, auf den Curator anwenden, welche zu ihrer Geschäftsführung durch ihre Bürgerpflicht genöthigt werden, und welche zwar zu einem über die rohe Gleichgiltigkeit gegen ihre Verpflichtungen hinausgehenden Fleiße gehalten sind, jedoch bei einer ihnen begegneten geringeren, außeraquilischen culpa mit der Entschuldigung gehört werden, wenn sie beweisen können, daß ihnen bei dem besten Willen dergleichen minder grobe Unachtsamkeiten auch in eigenen Angelegenheiten begegnen würden, weil ihre individuelle Ausbildung sie nun einmal gerade Geschäften dieser Art nicht besser gewachsen macht. Diese Ausnahme, in deren Sinn Viele sich nicht recht finden können, ist auch der natürlichen Billigkeit gemäß. Wer wird von einem Handwerker oder von einem Bauern, so wacker sie sich auf ihre Profession und die redliche Bedienung ihrer Kunden verstehen, wenn sie das Loos der Uebernahme einer Vormundschaft trifft, und Gelder anzulegen oder beizutreiben sind, die Fertigkeiten und Cautelen eines Advocaten verlangen? — Und wird es manchen achtungswerthen Gelehrten, der eine Verwaltung auf sich nehmen soll, viel besser ergehen? — Es ist doch nichts einfacher, als daß man solche Leute minder streng beurtheile, als solche, welche aus freier Wahl sich zu einem solchen Geschäfte bereit zeigen, oder diejenigen, welche sich um eine Verwaltungsstelle beworben, oder sie wenigstens angenommen haben [39]). Gleiche Rücksichten läßt unser gemeines Recht bei dem Miterben, dem Collegatar, dem Communionsinteressenten eintreten, welche, sich der Verwaltung der gemeinschaftlichen Vermögensmasse zu unterziehen, durch ihren eigenen Antheil berufen waren. Eine noch weiter gehende Beschränkung ist bekanntlich beim negotiorum gestor anerkannt, der sich affectione coactus eines fremden Geschäftes annahm, um einen sicheren Schaden zu verhüten, und deshalb nur für dolus und culpa lata haften soll [40]), was sich wohl ohne Bedenken auch auf aus Barmherzigkeit, Gefälligkeit oder Freundschaft in wahren Nothfällen, wo der Erste beste zugreifen muß, übernommene Aufträge anwenden läßt. Der Wille des Geschäftsherrn ist aber auf die Verantwortlichkeit des Geschäftsführers von Einfluß, wenn dieser, nachdem er sich gegen den Auftrag, aus Besorgniß demselben nicht gewachsen zu sein, verwahrt, oder, obgleich dem Geschäftsherrn in seiner Individualität genau bekannt, aus Eigensinn oder rein persönlichem Vertrauen vorgezogen oder auserwählt wurde, was sich neben dem vorherigen Grunde gemeinschaftlichen Rechtes auf den Socius und auf den Ehemann rücksichtlich der dos anwenden läßt,

39) Daß übrigens unsere Beamten besoldet sind, hat auf ihre Prästationsverbindlichkeit so wenig Einfluß, als das Honorar und Salär die Natur des Mandats ändert. Ohnehin geschieht Ersteres nur, damit sie standesmäßig leben können, und heutzutage werden Wenige von ihrer Besoldung zurücklegen und dadurch reicher werden.

40) L. 3. §. 9. D. de negotiis gestis..

welche eben deshalb nur diligentiam suis rebus consuetam prästiren. Ferner dürfte eine bestimmte Instruction in gewissen Stücken die Prästation sogar auf dolus und culpa lata herabsetzen, weil dem Principal selbst die exceptio doli entgegensteht, der Besseres verlangt als er vorgeschrieben. So ist es zwar die Pflicht des Mandatars, auch das nicht zu versäumen, was er zum Vortheil seines Principals mehr ausrichten kann, und er handelt also, wenn ihm der Auftrag geworden, ein Gut um 50,000 fl. zu kaufen, das ihm zu 30,000 fl. geboten wird, pflichtwidrig, wenn er mehr dafür gibt, und in einem fremden Geschäfte den Freigebigen spielt [41]). Allein, wenn dieses nicht wissentlich geschehen, wenn ihm nur das zum Vorwurf gemacht wird, daß er durch ein strengeres Feilschen oder ein minder übereiltes Bieten, die Sache von dem Verkäufer wohlfeiler erlangt haben würde, so wird er zwar kein Lob verdienen, aber doch nicht gehalten sein, daß er sich zur Vergütung verstehen, oder die Sache sich heimschlagen lassen muß. Ueberhaupt begegnen wir auch hier dem feinen Unterschiede zwischen prodesse und non nocere, und was vom Vormunde gesagt ist, dürfte auch auf andere Geschäftsführer anwendbar sein. Competit adversus tutores tutelae actio, si male contraxerint: hoc est si praedia comparaverint non idonea, per sordes aut gratiam. Quid ergo si neque sordide, neque gratiose, sed non bonam conditionem elegerint? — Recte quis dixerit, solam latam negligentiam eos praestare in hac parte debere [42]). Da der Vormund durch seine Dienstinstruction angewiesen war, die Gelder seiner Pflegschaft auf den Ankauf von Gütern anzulegen, so steht er hierin dem Mandatar gleich, der den allgemeinen Auftrag hat, Güter zu kaufen, und es wird auch diesem unter keiner anderen Bedingung zur Verantwortung gereichen, wenn er um dasselbe Geld bessere und gelegenere Güter hätte kaufen können. Auch die blos versäumte Gelegenheit zu dem aufgetragenen Ankaufe eines Sclaven bezieht die L. 8. §. 10. D. mandati ausdrücklich nur auf Bestechung oder Gefälligkeit, welche einen Anderen zuvorkommen ließ, der vielleicht nur seinem Pflegma oder seiner Bedächtlichkeit den Rang ablief, wohingegen bei der Entweichung des einmal gekauften Sclaven, der also als zur Disposition des Geschäftsherrn stehend, schon zu dessen Vermögen gehörte, zugleich der culpa erwähnt wird. Und damit wäre zugleich der scheinbare Widerspruch gegen andere Stellen gelöst, wenn unstreitig nur in derselben speciellen Beziehung in der L. 10. mandati unmittelbar fortgefahren wird: Idemque et in fundo, si fundum emit procurator: nihil enim amplius, quam bonam fidem praestare eum oportet, qui procurat. Umgekehrt kann aber auch die Verbindlichkeit des Geschäftsführers erhöht werden, wenn er Geschicktere verdrängt, oder mit dessen Mitteln und Vermögen ohne alle Autorisation ungewöhnliche Geschäfte vornahm, welche der Geschäftherr gar nicht zu unternehmen pflegte, in

41) L. 44. D. mand. L. 21. C. §. 8. J. L. 35. 36. D. eodem.

42) L. 7. §. 2. D. de admin. et periculo tut. Gut hervorgehoben und benutzt von Schömann, Lehre vom Schadenersatz, Th. 1, S. 163 flg.

welchem Falle er begreiflich auch jede Gefahr ſeiner Speculation auf ſich nimmt, mit der billigen Modification, daß er Gewinn und Schaden dabei compenſiren darf.

Warum das in der Uneigennützigkeit der Vertragsform dem Mandate ſo nahe kommende Depoſitum ſo verſchieden beurtheilt wird, leuchtet nicht ſogleich ein und iſt auch von mehreren Naturrechtslehrern, namentlich von Chriſtian Thomaſius, Barbeyrac ꝛc. für eine Sonderbarkeit des römiſchen Rechtes erklärt worden. Es mögen allerdings zu dieſem Reſultate eigenthümliche hiſtoriſche Gründe mitgewirkt haben, daß man ungeachtet des dabei beſonders ſcharf genommenen dolus, dieſen Contract in der älteren Zeit noch als ein negotium stricti iuris behandelte, denen wir übrigens näher nachzuſpüren keine Urſache haben, da die Ausbildung, in welcher das römiſche auf uns als gemeines Recht übergegangen, und in welcher wenigſtens der Fleiß, die vertraute Sache wie ſeine eigene aufzuheben, anerkannt iſt, nicht mehr daran gemahnt und vielmehr einen allgemeineren Grund anführt, warum der Depoſitar wegen bloßen Unfleißes nicht tenent iſt. Negligentiae nomine ideo non tenetur, quia qui negligenti amico rem suam committit, de se queri debet [43]). Als Hauptgrund wird alſo gerade ein Umſtand hervorgehoben, der auch beim Mandat die Präſtation herabſetzt, daß weniger der freie Wille des Depoſitars, ſondern gewöhnlich mehr die eigene Wahl des Deponenten zu der Dienſtleiſtung beſtimmt, deren Uebernahme, weil ohne Ungefälligkeit nicht wohl abzulehnen, nicht als Verheißung einer beſonderen Tüchtigkeit und Pünktlichkeit ausgelegt werden darf. Hierzu kommt aber noch die Einfachheit der durch dieſen Realcontract vorausbeſtimmten Obligation zur Herausgabe der anvertrauten Species, ſobald ſie verlangt wird, welche der Stellvertretung keinen ſolchen objectiven Charakter gibt, welcher ſich, wie bei der Beſorgung fremder Geſchäfte, zur Gewerbmäßigkeit eines eigenen Lebensberufes ausbilden kann. Aus dem einen Grunde heißt es daher wieder ausnahmweiſe: sed etsi quis deposito se obtulit, idem Iulianus scribit, periculo se depositi illigasse: ita tamen ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet: non tamen casus fortuitos [44]). Aus dem anderen Grunde aber wird das ſogenannte mandatum custodiae (L. 1. §. 12. eodem) ſehr verſchieden von dem einfachen depositum beurtheilt [45]), wie wenn ich Jemand den Auftrag gebe, daß er während meiner Abweſenheit in meinem Hauſe wohne und meine Sachen bewache und bewahre.

Das wahre oppositum vom Mandate iſt dagegen das Commodat, weil hier das eine blos moraliſche Princip, welchen der beiden Contrahenten wir auch in das Auge faſſen mögen, ſeine Anwendbarkeit verliert, daher nur das andere, das egoiſtiſche, den Ausſchlag geben muß.

43) L. 1. §. 5. D. de obligat. et act. §. 3. J. quibus modis re contrahitur obl.

44) L. 1. §. 35. D. depositi.

45) Haſſe, §. 95 cit.

Jene reine Selbstbestimmung durch eine Repräsentation, welche uns ganz in die Stelle des Anderen versetzt, wird auf Seiten des Commodatars gerade dadurch getrübt, ja unmöglich, daß er allein Vortheil hat. Denn dieser Vortheil wird nach dem Contract ein erlaubter und wohlbefugter, auf den er zu verzichten nicht Ursache hat. Wie derjenige, der sein Eigenthum bewirthschaftet, ist er berufen, sich seines erworbenen Vortheils zu bedienen, und kann, wie jener, hierin nur beschränkt werden. Wir können ihn darum nicht schelten, daß er zunächst an sich denkt und nur so viel verlangen, daß er darüber das Interesse seines Mitcontrahenten nicht vergesse. Hier, wo zwei Rollen des Rechtsberufs in einer Person zusammentreffen, gibt es für die obligatio ad diligentiam kein anderes entscheidendes Princip, als das Gesetz der Billigkeit und Gleichheit, welchem Theile die meiste Rücksicht gebührt. Beim Lichte besehen, ist hier der Commodant derjenige, der sich durch den Contract fremdem Interesse opfert und eine fremde Rechtssphäre uneigennützig erweitert, wie es beim Mandate der Mandatar ist, derjenige, dessen Gefälligkeit durch eine obligatio ad diligentiam von Seiten des Commodatars ausgeglichen werden muß, damit sie ihn nicht einen unerwarteten, nicht gewollten Nachtheil bringe. Merkwürdig ist in dieser Beziehung eine ganz zu unserer Ausführung stimmende Stelle des Paulus in der L. 17. D. commodati: Sicut autem voluntatis et officii magis, quam necessitatis est, commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est, qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit, tunc finem praescribere et retro agere, atque intempestive usum commodatae rei auferre, non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dantem et accipientem: geritur enim negotium invicem, et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes atque actiones civiles, ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit, neque enim impune inchoata deseret, suscepisset enim alius, si is non coepisset; voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. Igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo, nam si negasses, vel emissem, vel testes adhibuissem. Idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde subtraxisti, aut etiam sciens vitiosa commodasti; adiuvari quippe nos, non decipi officio oportet. Ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est. Aus dieser glücklich ausgeführten Vergleichung erhellt, daß der Commodatar eigentlich an dem Platze des Geschäftsherrn und der Commodant an der Stelle des Geschäftsführers steht, wie auch daraus einleuchtet, daß die Dauer der Obligation weit mehr von dem Belieben des Ersteren abhängt, dem es unverwehrt ist, das ihm [illegible] Tage geliehene Pferd schon am ersten zurückzugeben, so wie eine auf Lebenszeit in depositum gegebene Sache zu jeder Stunde zurückgefordert werden darf. Wäre also die für die Prästation der culpa beim Mandat befolgte Regel eine gleichförmige und durchgreifende, so

müßte der Erste nur dolus und culpa lata präſtiren, der Andere aber die Diligenz. Der Fehlſchluß leuchtet jedoch ein, ſobald wir nur den Unterſchied hervorheben, daß der Mandant bis zum beendigten Geſchäft den Mandatar walten laſſen muß, wohingegen der Commodatar mit der Perfection des Geſchäftes auch zugleich in den Stand geſetzt iſt, von ſeinem Rechte Gebrauch zu machen und, da er für ſich ſelbſt zu ſorgen hat, keinen Repräſentanten mehr bedarf. Hier iſt es alſo, wo das egoiſtiſche Moment dadurch poſitiv und entſcheidend wird, daß der Contract den alleinigen Vortheil des Commodatars und zwar mit der reinen Beläſtigung des Anderen bezweckt, weshalb dieſer zur culpa omnis, und umgekehrt der Commodant[46]) nur zu dolus und culpa lata tenent iſt. Eben deswegen heißt es auf der anderen Seite: Interdum plane dolum solum in re commodata, qui rogavit, praestabit; ut puta si quis — sua duntaxat causa commodavit, sponsae forte suae, vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur[47]). So wie, wenn das Commodat, wie das Herleihen von Silbergeſchirr zu einem gemeinſchaftlich veranſtalteten Gaſtmahle, zu einem gemeinſamen Zwecke geſchieht, die Regeln der Societät in Anwendung kommen.

Eine combinirte Anwendung beider Principien tritt bei allen denjenigen Geſchäften ein, wo ſchon aus dem Contracte ſelbſt ein beiderſeitiger Vortheil bezweckt wird, weil dabei Jeder dem Anderen gegenüber als Repräſentant deſſen Zwecke in die ſeinigen aufnimmt, und umgekehrt daſſelbe von dem Anderen fordert. Es wird aber unnöthig ſein, nachdem wir in den hervorſtechendſten Beiſpielen die leitenden Grundſätze dieſer Lehre gezeigt haben, darauf näher einzugehen, da wir zumal unter den einzelnen Artikeln auf die Frage doch wieder zurückkommen müſſen. Es wird genügen, wenn wir die gewöhnlichen Geſchäfte ſummariſch claſſificiren. Der erſte Präſtationsgrad tritt ein beim Depoſitum, Univerſalfideicommiß, Vermächtniß, welches ohne Vortheil und ohne ſelbſt etwas davon zu behalten herausgegeben werden ſoll, dem Contract in L. 17. §. 2. D. de praescript. verbis, dem Commodat, welches blos zum Vortheil des Commodanten gereicht, und dem precarium, deſſen heutige Bedeutung und Anwendbarkeit ſich freilich ſehr beſtreiten läßt. Zum zweiten Präſtationsgrad, welcher außer dolus und culpa lata noch die zu erweiſende Entſchuldigung zuläßt, daß man mindeſtens diligentia in suis rebus consueta geleiſtet habe, eignen ſich die tutela, cura, dos, rerum communio, societas, das Commodat, welches zu beider Theile Vortheil ging, und zum dritten Präſtationsgrade, welcher ſich auf culpa omnis, plena custodia, coacta diligentia, diligentia diligentis erſtreckt, das Mandat, die negotiorum gestio, die Tutel und das Depoſitum, wenn der Präſtant ſich aufdrang, der Kauf, die Miethe, das pignus, die cautio usufructuaria, die Obligation des b. f. possessor post litem contestatam, der Erbe gegen die Legatarien aus der Erbſchaftsantretung, das Commodat.

46) L. 61. §. 6. D. de furtis.
47) L. 5. §. 10. D. commod.

Uebrigens kann ein pactum adiectum diese Präſtationen vermindern, mit der einzigen Ausnahme, daß nicht paciscirt werden darf, ne dolus praestetur. Dagegen kann durch eine Verabredung bewirkt werden, daß die culpa in concreto, nicht aber, daß die culpa lata, dem dolus nicht mehr gleichſteht [48]), und mithin bei Geſchäften, wobei nur dieſe präſtirt wird, ausgeſchloſſen wird, wie denn überhaupt dieſe Gleichſtellung eine gegen das ſtrenge Civilrecht bei Verträgen und vertragsähnlichen Geſchäften durch die aequitas eingeführte Ausdehnung iſt, welche auf negotia stricti iuris, wenn man für das heutige Recht auf dieſen Unterſchied noch Werth legen darf, nicht anwendbar iſt. Namentlich dürfte ein Schenkungsvertrag, der eine Species verheißt, keinen Anſpruch auf Diligenz geben, und von Seiten des Schenkers nur dolus und culpa lata zu präſtiren ſein.

Umgekehrt kann durch Nebenverträge die Präſtation auch erhöht, ja auf jede Gefahr ausgedehnt werden, was häufig ſchon die Folge davon iſt, wenn die Sache dem Präſtanten geſchätzt übergeben wurde, wodurch jedenfalls die Diligenz zur culpa omnis erhöht wird. Das von Löhr hierher bezogene Aufdringen gilt nicht allgemein, und nur von der Geſchäftsführung und dem Depoſitum, als denjenigen Contracten, wobei die beſchränkte Wahlfreiheit des Geſchäftsherrn oder Deponenten die Verbindlichkeit zum Fleiße erhöhen muß, wie wir dieſes bereits angedeutet haben. Ein noch ſo zuvorkommendes und zudringliches Anerbieten eines Commodats, dürfte dagegen, ſofern nur reine Gefälligkeit des Commodans, den Bedürftigen zu ermuthigen, und nicht ein damit verbundenes eigenes Intereſſe die wahre Triebfeder war, auf Seiten des Commodatars, der das Anerbieten benutzte, die Präſtation ſo wenig vermindern, als die des Verkäufers erhöht wird, wenn er, wie die Schacherjuden, dem Käufer ſo lange zugeſetzt hat, bis er ihm abkaufte. Auch das bedarf wohl keiner Ausführung, daß Vertragsrechte und Vertragspflichten in einer ſo engen Verbindung mit einander ſtehen, daß eine Ueberſchreitung in der Ausübung der erſten leichter vorkommt, als in der Ausübung unſerer dinglichen Rechte, was zugleich als objectiver Probierſtein bei der Frage dient, ob die obligatio ad diligentiam wirklich verletzt wurde. Jede Ueberſchreitung dieſer Art führt aber in der Regel noch weiter und überträgt das periculum casus. Namentlich iſt das furtum usus unſeres gemeinen Rechtes, obgleich nach teutſchem Rechte als ſolches nicht anerkannt, in Beziehung auf dieſe Folge für uns noch ſehr praktiſch.

Ueber das teutſche Recht vergleiche man in dieſer Lehre Haſſe in einer ausführlichen Note zu dem §. 57 ſeiner Schrift und eine derſelben ex professo gewidmete Abhandlung Maurenbrecher's. Da die Elemente unſeres gemeinen Rechtes aus dem ius gentium und der natürlichen Billigkeit geſchöpft ſind, ſo ließ ſich erwarten, daß die Vergleichung keine weſentlichen Abweichungen zeigt. Die erheblichſten betreffen nicht die culpa an ſich, ſondern das periculum, welches das teutſche Recht ſowohl bei dem Commodate, als bei dem Pfande beziehungsweiſe auf den

48) Haſſe, §. 60.

Leiher und Pfandgläubiger überträgt, so daß Letzterer zwar für den zufälligen Verlust keinen Ersatz schuldig ist, aber auch seine Forderung nicht mehr geltend machen kann. Die erste, auch von bloßen Rechtsphilosophen nicht selten vertheidigte Abweichung hat so viel für sich, daß sie bei einer künftigen Civilgesetzgebung erwogen zu werden verdient. Die andere aber dürfte durch die zu sehr einheimisch gewordene veränderte Ansicht vom Pfandcontracte keiner Restauration mehr würdig sein, und in unser heutiges Rechtsleben als eine wahre Neuerung eingreifen.

Wir haben diese Lehre hauptsächlich aus dem civilrechtlichen Standpunkte dargestellt und konnten zwar manche Momente nicht unberührt lassen, welche sich zugleich auf das Strafrecht beziehen. Wir erachteten aber für zweckmäßig, die letzteren unter dem Artikel **Fahrlässigkeit** mit Rücksicht auf die neuesten Strafgesetzbücher abgesondert auszuführen. Die Reichhaltigkeit des Stoffes und der mehrfach divergirende Standpunkt empfahlen diese Absonderung, deren Ueberschrift eine sowohl in der Doctrin, als in der neueren Gesetzgebung eingebürgerte Terminologie bestimmt.

Dr. Zirkler.

**Cura** [1]) heißt im weiteren Sinne jede Sorge oder Besorgung für irgend eine Person, eine Sache oder Angelegenheit [2]). Im engeren, juristischen Sinne heißt cura, mit welchem Ausdrucke dann auch die Worte curatio, custodela, κουρατορία [3]) abwechseln, die auch nicht vom Curanten selbst, sondern von Staatswegen angeordnete Sorge für die Person oder die Angelegenheiten eines Individuums, welches für sich selbst zu sorgen und sein Vermögen zu verwalten aus irgend einem Grunde außer Stande ist. Sie unterscheidet sich von der procuratio dadurch, daß sie nicht, wie diese, von einem Auftrage des dominus ausgeht, sondern ähnlich der Tutel entweder durch Gesetz oder gewöhnlicher durch die Obrigkeit angeordnet wird. Daß sie sich in ihrem Wesen von der Tutel

---

1) Literatur. Die meisten der hier anzuführenden Werke behandeln das ganze Vormundschaftsrecht. Von den älteren Werken gehören hierher: Hugo Donellus, commentariorum iuris civilis lib. III. p. 71—119; Antonius Faber, iurisprudentiae Papinianeae Scientia ad ordinem Institutionum imperialium efformata (Lugduni 1658), tit. 13—26; Paulus Montanus, de iure tutelarum et curationum L. B. 1595 (wegen fleißiger Benutzung der älteren Literatur besonders brauchbar); Gerhard Noodt, in seinem Commentar zum 26. u. 27. Buch der Pandekten, Opp. tom. II.; Pothier, Pandectae Iustinianeae tom. II. p. 91—170; Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 29, S. 400 flg., Th. 33, S. 310, und ganz besonders Rudorff, das Recht der Vormundschaft aus den gemeinen in Teutschland geltenden Rechten entwickelt, Bd. 1—3. Berlin 1832—1834. Der zuletzt angeführte Schriftsteller gibt Bd. 1, S. XXII—XXVI, auch eine vollständige Uebersicht der älteren und neueren Literatur.

2) So cura aegri, viarum, calendarii. Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 1, S. 72.

3) Siehe die Beweisstellen bei Rudorff a. a. O. Th. 1, S. 23. Auch wechselt in dieser Beziehung cura mit tutela ab. Vergl. Horat. sat. II. 3. v. 218. Aur. Vict. de V. illustr. c. 74. Der Ausdruck curatela, welcher sogar in die teutsche Kunstsprache der Juristen übertragen worden ist, findet sich nirgends vor.

unterscheidet, zeigt die Geschichte beider Institute, und wird von den neueren Rechtsgelehrten einstimmig anerkannt. Nur darüber herrscht viel Streit unter den Letzteren, welches die wahren Unterschiede zwischen beiden Instituten seien. Nach der gewöhnlichen Meinung behauptet man, das Eigenthümliche der Tutel bestehe darin, daß der Tutor der Person des Pflegbefohlenen, der Curator hingegen der Sache zugeordnet werde, d. h. daß dem Tutor die Sorge für die Erziehung und Erhaltung des Pflegbefohlenen zustehe, dem Curator hingegen die Verwaltung des Vermögens obliege [4]). Man drückt diesen Unterschied gewöhnlich mit der sprüchwörtlich gewordenen Redensart aus: tutor personae datur, curator rei. Allein so richtig es ist, daß die Verpflichtung des Curators hauptsächlich in der Vermögensverwaltung des Pflegebefohlenen besteht [5]), so ist doch die oben angeführte Meinung deßhalb zu verwerfen, weil sie auf einer schiefen Ansicht von der römischen Tutel beruht, und nur aus mißverstandenen Quellenzeugnissen entstanden ist. Denn wenn in den römischen Rechtsquellen von der Tutel behauptet wird, tutorem personae, non rei vel causae dari [6]), so erscheinen solche Stellen eines Theils deßhalb, weil sie nur von der testamentarischen Tutel sprechen, untauglich, um aus ihnen den Begriff der Tutel zu entwickeln, anderen Theils sollen die oben ausgezeichneten Worte dem Zusammenhange des Ganzen nach nur soviel besagen, daß der testamentarische Tutor für alle Geschäfte eines Pflegbefohlenen, nicht aber für ein einziges Geschäft oder einen einzigen Prozeß bestellt werden könne [7]). Vielmehr ist der wahre Unterschied zwischen Tutel und Curatel nach dem Vorgange Löhr's [8]) in der Verschiedenheit der auctoritas tutoris und des consensus curatoris zu suchen. Daß das Auctoriren einen Hauptbestandtheil der Tutel nach den Ansichten der römischen Juristen ausmachte, ja sogar als der einzige wesentliche Bestandtheil galt, geht daraus hervor, daß nach dem römischen Sprachgebrauche tutor und auctor [9]), ingleichen suae tutelae und suae auctoritatis esse [10]) zur Bezeichnung desselben Begriffes gebraucht werden, daß ferner das Wesen der älteren tutela mulierum nicht sowohl in die Geschäftsführung (negotiorum gestio) als vielmehr ganz allein in die auctoritatis interpositio gesetzt wird [11]), daß diejenigen, welche nicht auctoriren können, auch nach den Satzungen des römischen Rechtes von der Tutel ausgeschlossen

---

4) Vergl. über diese Controverse v. Löhr, über die römischen Begriffe von Tutel und Curatel, in Grolman's und v. Löhr's Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, Bd. III, S. 15—27, und Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 33, S. 104 flg.

5) L. 20. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.) L. 8. C. de nuptiis. (5. 4.)

6) L. 12. 13. u. 14. D. de testamentaria tutela. (26. 2.) §. 4. J. qui testamento tutores dari possunt. (1. 14.) Vergl. Theoph. ad h. l.

7) Vergl. v. Savigny, über den Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung, S. 104, und Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 29, S. 13.

8) A. a. O. in Grolman's Magazin für Rechtswissenschaft, Bd. III, S. 21—71.

9) Cic. pro Caec. cap. 25.

10) Spart. Hadr. cap. 18.

11) Caius inst. I. §. 190. Ulp. fr. 11. §. 25.

sind [12]), und daß endlich in den römischen Rechtsquellen die Frage aufgeworfen wird, ob auch der Tutor, welcher zufällig niemals auctoritas interponirte, mit der tutelae actio belangt werden könne [13]). Die hier vertheidigte Meinung wird auch dadurch bestätigt, daß die Geschäftsführung (negotiorum gestio) als ein unwesentlicher Bestandtheil der Tutel in den römischen Rechtsquellen dargestellt erscheint, da sie bei der mulierum tutela ganz wegfällt, und auch in der Pupillentutel manchmal fehlt [14]). Dem Curator wird diese auctoritas ganz abgesprochen [15]), und wenn schon derselbe auch zu manchen Geschäften seines Curanden seine Einwilligung zu ertheilen hat, wie z. B. zur Arrogation, zu Prozessen und Zahlungen, so heißt doch dieselbe in der Kunstsprache consensus [16]) und ist von der auctoritas nicht allein ihrem Zwecke, sondern auch ihrer Form nach verschieden. Dem Zwecke nach: denn das Auctoriren des Tutors ist bestimmt, die politische Unselbstständigkeit des Pflegbefohlenen zu ergänzen [17]), während der Consens des Curators nur ein bloßer Rath ist, welcher da ertheilt wird, wo das positive Recht nicht will, daß ein zwar rechtlich vollkommner, aber noch unerfahrener Mensch unberathen handle, oder eine Erlaubniß, die er gibt, wo ihm, nicht dem Curanden allein das Recht der Administration zusteht [18]). Mithin steht der Tutor mit dem Pflegbefohlenen, dem er auctorirt, in dem Verhältnisse der Personeneinheit [19]), und kann also in einem auf diese Weise abgeschlossenen Geschäfte nicht Partei gegen seinen Pflegbefohlenen bilden, während der Curator in Betreff seines Mündels zwar als eine, diesem vom Staate beigeordnete Person erscheint, die aber gleichwohl mit demselben nicht im Verhältnisse der Personeneinheit steht, und deßhalb auch gegen ihn Partei nehmen kann [20]). Der Form nach: denn soll die Ab-

12) L. 1. §. 2. D. de tutelis. (26. 1.)

13) L. 18. pr. D. de administr. et periculo tut. (26. 7.)

14) L. 49. D. de adquirenda vel omitt. haered. (29. 2.), vergl. mit L. 1. §. 2. D. de administr. (26. 7.)

15) L. 19. D. de auctoritate et consensu tutorum et curatorum. (26. 8.) L. 17. §. 1. D. de appellat. (49. 1.)

16) L. 2. C. qui legitimam personam standi in iudicio. (3. 6.) L. 1. §. 2 u. 3. D. 26. 7. L. 26. C. de administr. (5. 37.) Rubr. D. de auctoritate et consensu tutorum et curatorum. (26. 8.) Aus diesen Stellen geht zugleich soviel als gewiß hervor, daß es nicht im eigentlichen Sinne gesagt sein kann, wenn manchmal demungeachtet diese Einwilligung des Curators auctoritas heißt. L. 17. §. 1. D. 49. 1. L. 8. D. de adoptionibus. (1. 7.) L. 8. C. de nuptiis. (5. 4.) Vergl. Löhr a. a. O. Th. III, S. 34.

17) L. 189. D. de R. I. (50. 17.) L. 5. D. ibid. L. 25. D. de manum. vindicta. (40. 2.) L. 32. §. 2. D. de acquir. vel. omitt. possess. (41. 2.) Ueberhaupt gilt der Mündel, dem der Tutor beigegeben ist, für eine unvollständige Person, welche erst durch den Zutritt der auctoritas zum einzelnen, vom Mündel abgeschlossenen Geschäfte vervollständigt wird. Vergl. L. 5. C. de iure delib. (6. 30.) mit L. 9. D. 26. 5. L. 9. D. de acquirenda vel. omitt. her. (29. 2.) L. 17. §. 1. D. de appell. (49. 1.)

18) L. 3. C. de in integrum restit. (2. 22.)

19) L. 5. pr. D. 26. 8. L. 5. §. 2. D. ibid. L. 1. §. 13. D. de SC. Trebell. (36. 1.)

20) L. 1. §. 13 u. 14. D. 36. 1. Vergl. Löhr a. a. O. Th. III, S. 37–39.

gabe der auctoritas von Seiten des Tutor giltig sein, so muß derselbe seine Einwilligung sogleich [21]) in eigener Person, unbedingt [22]) und ausdrücklich erklären, da selbst bei solchen Geschäften, welche ohne persönliche Gegenwart abgeschlossen werden können, der Tutor in dem Augenblicke, wo sein Mündel seine Einwilligung gibt, gegenwärtig sein muß [23]), während sich nicht die geringste Spur davon findet, daß der consensus des Curator gleichmäßig beschränkt sei.

Was die Geschichte der cura anbetrifft, so ist dieselbe jedenfalls eben so alt, wie die Tutel; doch kennt das älteste Recht zunächst nur gewisse Fälle derselben, welche im prätorischen Edicte und durch einzelne Senatusconsulte und Constitutionen bedeutend vermehrt worden sind, und in dieser Gestalt auch noch im Justinianischen Rechte fortdauern. Die beiden ältesten Arten der Curatel, welche schon die 12 Tafeln anerkennen, sind die über Wahnsinnige und Verschwender [24]), indem dieß Gesetz verfügte, daß solche Personen in der cura ihrer Agnaten und Gentilen stehen sollten, doch erstreckte sich in Betreff der Verschwender die Verfügung des Gesetzes nur auf Freigeborne, welche ihrem Vater Intestaterben geworden sind [25]). Auch ist die Beschränkung der cura über Wahnsinnige auf solche Fälle, wo der Pflegbefohlene des unmündigen Alters halber nicht schon einen Tutor hatte, späteren Ursprungs und beruht auf einer von Quintus Mucius zuerst aufgestellten und nachher allgemein gebilligten Erklärungsweise des Zwölftafelgesetzes [26]). Die weitere Ausbildung dieses Instituts gehört dem Prätor an. Zunächst ertheilte derselbe aus eigener Machtvollkommenheit den Verschwendern Curatoren, welche Libertinen waren, und solchen Freigeborenen, welche ihren Vater aus einem Testamente beerbt hatten [27]). Auch wurde es Sitte und Gerichtspraxis, daß jedem, in welchem man nach vorhergehender Untersuchung solche physische und geistige Mängel aufgefunden hatte, welche ihn zur eigenen Verwaltung seiner Angelegenheiten unfähig erscheinen ließen, in Rom von dem Prätor und in den Provinzen von den Statthaltern derselben ein Curator bestellt wurde [28]). Ferner wurde, wo der gesetzliche Curator zur Verwaltung untauglich war, daneben ein honorarius curator bestellt [29]), und den dem pubes oder maior furiosus im väterlichen Testamente ge-

---

21) L. 9. §. 5. D. 26. 8. §. 2. J. de auctoritate tut. (1. 21.) L. 31. pr. D. de usurpationibus. (41. 3.) L. 25. §. 4. D. 29. 2. L. 10. u. 14. D. 26. 8.

22) L. 8. D. 26. 8.

23) L. 9. §. 6. D. 26. 8. Fragm. vet. iureconsulti de manumiss. §. 15. Vergl. Cuiacii observ. lib. XIII. cap. 31.

24) Ulpiani fragm. 12. §. 2. §. 3. J. de curatoribus. (1. 23.) Vergl. Dirksen, Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölftafelfragmente, S. 369—372.

25) Ulp. fr. 12. §. 3.

26) L. 3. pr. D. de tutelis. (26. 1.)

27) Ulp. fr. 12. §. 3.

28) L. 8. §. 3. D. de tutor. et curator. (26. 5.) L. 12. pr. D. ibid. L. 2. D. de curat. furioso. (27. 10.) §. 3 u. 4. J. 1. 23.

29) L. 13. D. 26. 5.

gebenen Curator mußte der Prätor nach einem Reſcripte des Kaiſers Marcus Aurelius beſtätigen[30]), und dadurch iſt die weitere Frage veranlaßt worden, ob der nicht auch ſchon für einen Verſchwender gelten müſſe, welchem der Vater als ſolchem einen Curator gegeben, ſo daß es weiter keiner Interdiction bedarf[31]). — Neben dieſen häufigern Fällen der cura bildete ſich ganz unabhängig davon das Inſtitut der Curation über Minderjährige aus. Die erſte Veranlaſſung dazu gab die der circumscriptio adolescentium entgegenwirkende lex Plaetoria[32]), welche, da ſie von Plautus[33]) erwähnt wird, doch wohl älter ſein muß, als das Jahr der Stadt 570, in welchem dieſer Komödiendichter glaubhaften Zeugniſſen zu Folge geſtorben iſt. Wahrſcheinlich wurden indeß den Minderjährigen nach dieſem Geſetze vorerſt nur den Umſtänden nach oder für einzelne Zwecke Curatoren zugeordnet und erſt ſpäterhin erhielt dieſe Alterscuratel eine feſte Geſtalt, ſeitdem durch eine Verordnung von Marcus Aurelius[34]) die früherhin nothwendige causae cognitio überflüſſig geworden war und die Ernennung ſolcher Curatoren jedenfalls auf die ganze Zeit der Minderjährigkeit erfolgte. In dieſer Geſtalt wird ſie in den Schriften der claſſiſchen Juriſten, eines Ulpian, Paullus, Modeſtinus u.ſ.w. dargeſtellt, und damit hängt es zuſammen, wenn Ulpian berichtet, es ſei nach kaiſerlichen Conſtitutionen dem Tutor zur Pflicht gemacht worden, den mündig gewordenen Pupillen zu ermahnen, daß er ſich von der Obrigkeit einen Curator erbitte[35]). Auch kann es nur als eine Einwirkung der bereits feſtſtehenden Alterscura angeſehen werden, daß eine cura furiosi über einen Minderjährigen nach einem Reſcripte Caracalla's nicht möglich iſt, ſo lange demſelben ein Altersvormund beigegeben iſt[36]). Endlich kam man dahin, zu behaupten, daß der dem pubes blos des Alters halber vom Vater im Teſtamente beſtellte Vormund bis zur Majorennität confirmirt werden müſſe[37]). — Aber auch einem impubes einen Curator zu beſtellen, konnte die Obrigkeit Veranlaſſung haben, da nämlich, wo gerade der Tutor verhindert iſt oder mit ihm ſelbſt verhandelt werden ſoll, und die zu verhandelnde Sache von der Art iſt, daß es nicht dazu wiederum der Beſtellung eines Tutor bedarf[38]). — Auf einem beſonderen Edicte des Prätors beruht die cura ventris[39]), und auf der durch dieſes Rechtsorgan gebildeten Rechtspraxis jede andere, blos zur custodia bo-

---

30) L. 16. pr. D. de curator. furioso. (27. 10.)
31) L. 16. §. 1 u. 3. D. 27. 10.
32) Cic. de off. III. 15. Capitol. Marc. c. 10.
33) Pseud. I. scen. 3. v. 68., vergl. mit Rudens V. scen. 3. v. 24.
34) Capitol. Marc. 10.
35) L. 5. §. 5. D. de administr. (26. 7.) L. 7. §. 2. D. de minoribus XXV. annis. (4. 4.) L. 7. C. qui petant tutores (5. 31.), vergl. mit L. 33. §. 1. D. 26. 7.
36) L. 3. §. 1. D. 26. 1.
37) L. 6. D. 26. 3. L. 1. §. 3. u. L. 2. §. 1. D. ibid. L. 3. §. 5. D. 26. 7. §. 1. J. de curatoribus. (1. 23.)
38) §. 5 u. 6. J. 1. 23.
39) Tit. Dig. de ventre in possessionem mittendo et curatore eius. (37. 9.) L. 8. D. de curat. (27. 10.)

norum anzuordnende Curation, namentlich die bei der bonorum distractio im Falle des Concurſes eintretende cura bonorum, welche in der älteren Zeit, wo der Concurs in der Form der bonorum venditio abgeſetzt wurde, nur ausnahmsweiſe und bei clarae personae eintrat [40]), und in ſpäteren Zeiten ſeit dem Verſchwinden der bonorum venditio zum Weſen des Concursverfahrens gerechnet wurde; ferner die cura hereditatis iacentis [41]) und die über das Vermögen eines von den Feinden Gefangenen, ſo lange noch Poſtliminium zu hoffen iſt [42]). Im Juſtinianiſchen Rechte, wo dieſe einzelnen Gattungen der cura noch unabhängig neben einander fortbeſtehen, haben einige davon eine weitere Ausdehnung erhalten, als dieß zu den Zeiten der claſſiſchen Juriſten der Fall war, z. B. die cura bonorum im Concurſe.

Was die gangbarſten Eintheilungen der Curation anbetrifft, ſo unterſcheidet man 1) in Betreff der der cura unterworfenen Perſonen. Phyſiſche Perſonen ſind nur dann von der Beſorgung ihrer Geſchäfte ausgeſchloſſen, wenn ſie ungeboren, unmündig, minorenn, wahnſinnig, Verſchwender, preßhaft, abweſend, verſchuldet oder verſtorben ſind, und brauchen alſo nur in dieſen Fällen einen Curator. Hiernach zerfällt die cura nach Anleitung der Juſtinianiſchen Rechtsquellen in cura ventris, pupilli, minoris, furiosi, prodigi, debilis, absentis, bonorum, hereditatis iacentis und ex edicto Carboniano. 2) In Betreff des Inhaltes der cura unterſcheidet man zwiſchen cura plena und minus plena, je nachdem ſie ein volles Adminiſtrationsrecht oder eine bloße custodia bonorum enthält, verbunden mit der Diſtraction von Sachen, welche ſich nicht aufbewahren laſſen. In gleicher Beziehung unterſcheidet man zwiſchen curae personales und reales (auch bonorum genannt). Jene ſind ſolche, welche ſich auf das leibliche Wohl und die perſönlichen Bedürfniſſe des Curanden beziehen, wie die cura über Ungeborene, Pupillen, Minderjährige, Wahnſinnige und Verſchwender. Dieſe ſind ſolche, welche ſich nur auf die Verwaltung und custodia der Güter beziehen, wie z. B. die cura bonorum im Concurſe. Daneben nennen die neueren Rechtsgelehrten wohl noch curae mixtae, d. h. ſolche, in welchen beide Functionen vereinigt ſind: die Sorge für das leibliche Wohl und die perſönlichen Bedürfniſſe des Curanden und die Vermögensverwaltung, z. B. in der cura über einen Wahnſinnigen [43]). Den römiſchen Rechtsquellen ſind dieſe Kunſtausdrücke fremd, und die zuletzt genannte Gattung der Curen wird in denſelben mit den Ausdrücken curatorem

---

40) L. 5. D. de cur. bon. d. (42. 7.), vergl. mit L. 5. u. 9. D. de cur. fur. (27. 10.)

41) L. 3. D. de curat. fur. (27. 10.) L. 1. §. 13. D. de coll. (37. 6.) L. 8. D. quibus ex caus. (42. 4.)

42) L. 15. pr. D. ex quibus caus. maiores. (4. 6.) L. 6. §. 4. D. de tutelis. (26. 1.) L. 6. §. 2. D. quibus ex causis in poss. (42. 4.) L. 3. C. de postlim. revers. (8. 51.)

43) L. 48. D. 26. 7. L. 1. §. 17—24. D. 37. 9. L. 7. pr. D. 27. 10.

bonis dari[44]), bonis peti[45]), ja manchmal sogar bonorum curatorem dari[46]) nur insofern bezeichnet, als das ganze Vermögen einer physischen Person der Gegenstand derselben ist. 3) In Rücksicht des Umfanges der cura unterscheidet man zwischen cura generalis und specialis, je nachdem der ernannte Curator zur Besorgung aller Geschäfte und Angelegenheiten seines Pflegbefohlenen oder nur zur Besorgung einzelner bestellt ist. Die Bestellung von Specialcuratoren geschieht, z. B. zur Führung eines Prozesses[47]), zur Bestellung eines Heurathsgutes für die Mündel[48]), zur Verabreichung von Alimenten an dieselbe[49]). Die römischen Rechtsquellen, welche diese Unterscheidung anerkennen[50]), bezeichnen den Specialcurator öfters mit der Umschreibung: ad certam causam[51]), oder ad species datus curator[52]). 4) In Rücksicht auf die Veranlassung zur Ernennung eines Curator theilt man die cura in freiwillige (voluntaria cura) und in nothwendige (necessaria), von denen jene nur auf eine vom Curanden selbst ausgehende Petition, diese aber wider, oder doch wenigstens ohne dessen Willen angeordnet wird. Das bekannteste Beispiel der freiwilligen Curation ist die cura minorum[53]). 5) In Rücksicht auf ihre Entstehungsgründe zerfällt die cura in legitima und dativa oder honoraria, je nachdem sie entweder durch gesetzliche Verfügung oder durch Decret des Prätors Jemand übertragen wird[54]). Von diesen beiden Gattungen ist die gesetzliche Curation jedenfalls die älteste, da sie sich schon in dem Zwölftafelgesetze erwähnt findet.

Die Entstehungsgründe der Curation sind nach römischen Ansichten nur das Gesetz (lex) und das Decret des Magistrates. Das Zwölftafelgesetz, welches die gesetzliche Curation eingeführt hat, beschränkte sie nur auf Wahnsinnige und erklärte Verschwender, und übertrug sie zunächst den Agnaten des Curanden[55]), und erst bei deren Wegfall den Genti-

---

44) L. 3. D. de curatoribus furioso. (27. 10.) L. 1. §. 18. D. de ventre in possess. mitt. (37. 9.) L. 1. D. de muneribus. (50. 4.) L. 6. §. 2. D. quibus ex causis. (42. 4.)

45) L. 1. §. 17. D. 37. 9.

46) L. 8. D. 27. 10. L. 41. D. de administr. et periculo tut. (26. 7.) L. 2. D. de feriis et dilat. (2. 12.)

47) §. 2. J. 1. 23. L. 3. C. de in litem dando tutore vel curatore. (5. 44.)

48) L. 28. C. de iure dotium. (5. 12.)

49) L. 6. D. ubi pupillus. (27. 2.)

50) L. 28. C. 5. 12.

51) §. 2. J. 1. 23.

52) L. 8. D. rem pupilli. (46. 8.)

53) §. 2. J. 1. 23. L. 13. §. 2. D. de tut. et curat. (26. 5.) L. 2. §. 4. D. qui petant. (26. 6.) L. 43. §. 3. D. de procuratoribus et defensoribus. (3. 3.) L. 6. C. qui petant tutores. (5. 31.)

54) Ulp. fragm. 12. 1.

55) Cic. de republ. 3. 33. Ulp. fr. 12. §. 2. §. 3. J. 1. 23. Daher der Ausdruck agnatus furiosi auch häufig für curator furiosi legitimus gebraucht wird. L. 12. D. de curatoribus furioso. (27. 10.) Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 1, S. 208, Note 10.

len [56]). Es erscheint mithin diese Gattung der cura als eine Folge des älteren römischen Familienverhältnisses und als eine Berechtigung der einzelnen Familienglieder, worauf wohl auch die Bemerkung deutet, daß die gesetzliche Curation über den Verschwender nicht anders eintreten soll, als wenn der Erblasser desselben ohne Testament verstorben ist. Von den Agnaten konnten natürlich nur Männer Curatoren sein, da noch im späteren Rechte die Regel feststand, daß Frauen nie eine Curation übernehmen können. Für die Rangordnung der einzelnen Agnaten unter sich haben wir keine besonderen Zeugnisse der classischen Juristen, doch läßt die Analogie der Tutel [57]) vermuthen, daß hier dieselbe Rangordnung stattfand, wie bei dem Erbrechte, d. h. daß der dem Grade nach entferntere Verwandte vom näheren ausgeschlossen wurde, und daß erst mehrere gleich nahe Agnaten Concuratoren wurden. Von diesen gesetzlichen Curatelen ist die gentilicische nach dem Aussterben der patricischen Geschlechter weggefallen, und wenn Cicero und Varro ihrer noch gedenken und auch unter August und Trajan noch von den gentilicia iura im Allgemeinen die Rede ist, so war sie doch schon zu den Zeiten der classischen Pandektenjuristen in Vergessenheit gekommen [58]). Die agnatische Curatel hingegen bestand bis zu den Zeiten Justinian's nach den oben angeführten Regeln fort [59]). Indessen wurden schon zeitig einzelne Cognaten, weil sie ein gesetzliches Erbrecht erhielten, auch in die Reihe der Agnatencuratoren aufgenommen. Namentlich soll sich der Sohn nicht der Curation über seine wahnsinnige Mutter entziehen [60]), da er derselben gleiche Liebe, wie seinem Vater schuldig ist, und seit dem SC. Orfitianum auch ein gesetzliches Erbrecht an ihren Gütern erlangt hat; auch sollen sich nach einer Verordnung von Anastasius emancipirte Kinder nicht mehr unter dem Vorwande der capitis deminutio der cura ihrer wahnsinnigen Geschwister entziehen [61]). Jedoch standen die gedachten Modificationen nur einzeln da bis zu Justinian's Novelle 118, durch welche das alte Recht der Agnaten auch dem Princip nach völlig gestürzt und die Vormundschaft der Cognaten an ihre Stelle gesetzt wurde [62]). Denn wenn gleich der Kaiser in diesem Gesetze die Curation über Wahnsinnige und Verschwender nicht ausdrücklich nennt, so steht es doch nicht zu bezweifeln, daß der daselbst gebrauchte allgemeine Ausdruck ἐπιτροπή nicht allein die Tutel, sondern auch die cura umfasse. Der Begriff der Cognaten in Betreff unserer Lehre ist ganz derselbe, wie im Justinianischen Erbrechte. Auch

56) Cic. de invent. rhet. II. 50. Auctor ad Herennium 1. 13. Varro de re rust. 1. 2. Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 1, S. 211.

57) Caius inst. I. §. 64. §. 7. J. de cap. demin. (1. 16.) L. 9. D. de legitimis tutoribus. (26. 4.)

58) Vergl. Caius inst. III. 17. Ulp. in Collat. L. Mos. XVI. 4. mit Ulp. fr. XI. 4., XII. 2.

59) L. 5. C. de curatore furiosi. (5. 70.) L. 7. §. 6. C. ibid. L. 27. C. de episcopali audientia. (1. 4.) Theoph. paraphr. inst. 1. 23. §. 3. ed. Reitz tom. I. p. 179.

60) L. 4. D. 27. 10.

61) L. 4. C. de legitima tut. (5. 30.) L. 5. C. 5. 70.

62) Nov. 118. cap. 5.

die Rangordnung unter den Cognaten ist ganz die der Justinianischen Erbfolgeclassen. Wer in einer früheren Classe erbt, schließt die folgenden Classen aus. Erben Mehrere in derselben Classe, so werden sie Alle zusammen zur Curation berufen, jedoch mit Ausschluß der Frauen und der Minderjährigen. Nach den halbbürtigen Geschwistern folgen die übrigen Verwandten nach der Nähe des Grades. Der Nähere schließt den Entfernteren aus; sind Mehrere in demselben Grade verwandt, so kommen sie zugleich zur Vormundschaft. — Was den anderen Entstehungsgrund der Curation, das Decret des Magistrates angeht, so kann dasselbe nur insofern wirksam sein, als gewisse Erfordernisse zusammentreffen. Diese sind folgende: 1) es darf kein gesetzlicher Vormund vorhanden sein. Dieß Erforderniß beruht auf der Regel, daß dem, welcher bereits einen Curator hat, kein anderer Curator gegeben werden könne [63]), und wird in Betreff der cura über Wahnsinnige und Verschwender, welches auch schon nach dem älteren Rechte die einzigen Fälle der gesetzlichen Curation waren, durch ausdrückliche Quellenzeugnisse außer Zweifel gesetzt [64]). 2) Es darf auch kein confirmirter Vormund da sein, da das Dasein eines solchen die Bestellung eines neuen Curators schon nach dem oben Gesagten ausschließt [65]). 3) Der Vormund muß von der Behörde ernannt werden, welche das Recht hat Curatoren zu bestellen. Im alten Rechte scheinen dieselben einseitig vom Prätor bestellt worden zu sein. Darauf deutet nicht allein der Ausdruck honorarii curatores, quos ipse praetor voluerit [66]), sondern auch der Umstand, daß viele Fälle der curatoris datio genau mit der prätorischen Jurisdiction und dem Imperium zusammenhängen, wie die cura über Verschwender, Ungeborene, ex edicto Carboniano und bonis distrahendis. Für das Justinianische Recht scheint der Ausspruch der Justinianischen Institutionen entscheidend, daß Curatoren von denselben Magistraten, welche zur Bestellung eines Tutor befugt sind, gegeben werden müssen [67]). Nun erscheint aber in den Justinianischen Rechtsquellen das Recht, Tutoren zu bestellen, als ein von der Jurisdiction und dem Imperium getrenntes Recht, welches durch specielle Vorschrift des Gesetzes dem Magistrate übertragen wird [68]), und als solche werden in denselben für Rom der Prätor, insbesondere der von Marcus Aurelius eingeführte praetor tutelaris [69]), und der prae-

63) L. 10. C. qui dare tutores. (5. 34.) Ueber die entgegenstehende L. 20. §. 1. D. de tut. et curat. (26. 5.) vergl. Rudorff a. a. O. Th. 1, S. 380.

64) L. 13. D. de curat. fur. (27. 10.) L. 7. §. 6. C. de curat. fur. (5. 70.) Theoph. par. inst. I. 23. §. 3. ed. Reitz tom. I. p. 179.

65) L. 6. D. de confirm. tutore. (26. 3.) L. 16. D. 27. 10.

66) Ulp. fragm. XII. 1. 3. 4.

67) §. 1. J. 1. 23. Damit stimmen im Ganzen auch die Nachrichten in §. 5. J. ibid. überein.

68) L. 6. §. 2. D. de tutelis. (26. 1.) Doch wird die Bestellung eines Tutor zum officium des ius dicens gerechnet in L. 2. D. de iurisdictione. (2. 1.)

69) §. 3. J. de Atiliano tut. (1. 20.) Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 1, S. 347. Vorher bestellten auch die Consuln extra ordinem Tutoren für

fectus urbi genannt, und der Letztere bestellte zur Zeit der classischen Juristen dieselben allein [70]), in den späteren Kaiserzeiten aber ward ihm zu diesem Acte durch kaiserliche Constitutionen noch ein Consilium von zehn Senatoren sammt dem Tutelarprätor beigegeben [71]), und im Justinianischen Codex ist diese seine Competenz zur Bevormundung unter der gleichen Beschränkung nur auf die Bestellung eines Vormundes für Pupillen und Minderjährige, welche den Rang der illustres und clarissimi haben, bezogen worden [72]). Auch zur Bevormundung eines Wahnsinnigen ist dieselbe Behörde von Justinian für competent erklärt worden, da er verordnet, daß, wenn der Wahnsinnige zu den nobiles gehört, der Präfect in Constantinopel den Senat zuziehen, sonst aber allein den Curator ex inquisitione ernennen solle [73]). — Für das übrige Italien war der Prätor oder der Juridicus zur Zeit der classischen Juristen dann competent, wenn der zu Bevormundende sich sofort an ihn wandte, oder im Gerichtsbezirk des competenten Stadtgerichtes keine tauglichen Subjecte zu finden waren [74]). In allen übrigen Fällen waren zur Zeit der classischen Juristen die Municipalmagistrate zur Bestellung eines Vormundes berechtigt; nur sind sie für Wahl und Cautionsleistung desselben seit Trajan verantwortlich, was beim Prätor und den Juridici nicht der Fall ist. In Abwesenheit der Magistrate tritt die Curie an ihre Stelle [75]), doch steht derselben die Dation nur dann zu, wenn die Mehrzahl der Decurionen versammelt ist [76]). In der späteren Kaiserzeit sanken aber die Municipalmagistrate noch tiefer, da sie nur auf Befehl des Präses und selbst dann nur ärmeren Pupillen Vormünder bestellen konnten [77]). — Für die Provinzen waren schon seit der Zeit der lex Iulia et Titia die Statthalter derselben zur Bestellung von ordentlichen Tutoren berechtigt [77a]), und selbst wo außerordentliche zu bestellen waren, war ihnen nach den Senatsconsulten die Ernennung derselben überlassen [78]), und selbst die ganze curatoris datio ist im classischen Pandektenrechte den Proconsuln und Präsides der verschiedenen Provinzen beigelegt [79]). Neben diesen werden der

---

Pupillen nach einem Gesetze des Claudius. Vergl. Suet. Claud. 23. Plin. epist. 9. 13. Caius inst. 1. §. 200. L. 1. §. 1. D. de conf. tut. (26. 3.) Fr. Vat. §. 155. 203. Capitol. Marc. c. 10. §. 3. J. de Atil. tut. (1. 20.)

70) L. 45. §. 3. D. de excus. (27. 1.) §. 4. J. 1. 20.

71) L. 3. Theod. C. de tut. et curat. creandis. (L. 1. C. Iust. 5. 23.)

72) L. 1. u. 2. C. 5. 23.

73) L. 7. §. 6. C. 5. 70. §. 3. J. 1. 23. Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 1, S. 353.

74) L. 24. D. 26. 5., vergl. mit L. 1. §. 10. D. de magistratibus conveniendis. (27. 8.)

75) Vat. fr. §. 191. L. 1. C. ubi petantur. (5. 32.) L. 1. pr. u. §. 9. D. de mag. conven. (27. 8.) L. 19. §. 1. D. 26. 5. L. 29. D. ibid. L. 3. D. ibid.

76) L. 19. pr. D. 26. 5.

77) §. 4. J. 1. 20.

77a) Caius inst. I. 185. Ulp. fr. XI. 18. Pr. J. 1. 20. Theoph. ad h. l.

78) Ulp. fr. XI. §. 20.

79) L. 11. D. de officio praesidis (1. 18.), vergl. mit Caius inst. 1. §. 200. L. 1. pr. D. 27. 10. L. 2. L. 7. §. 2. D. ibid. L. 8. §. 3. u. L. 12. pr. D. 26. 5. §. 5 u. 6. J. 1. 23.

praefectus Augustalis Aegypti genannt[80]), und die interimistischen Vorsteher der Provinzen, welche von dem Augenblicke an, wo sie die Provinz betreten, bis zu der Zeit, wo sie die Ankunft ihres Nachfolgers erfahren, zur Bestellung eines Tutor berechtigt sind[81]). Von den Stellvertretern der Statthalter war nur der legatus proconsulis in den Senatsprovinzen zur Bestellung eines Tutor berechtigt[82]), und für die kaiserlichen Provinzen findet sich nichts Aehnliches verordnet[83]). Neben diesen Behörden wird auch der Stadtrichter von Alexandrien als zur Bevormundung befugt genannt[84]). In den Provinzialstädten mit ius Italicum hatten die Behörden und Curien in Betreff der Bestellung von Tutoren und Curatoren ganz dieselben Berechtigungen, wie in Italien[85]). In den übrigen Pronvinzialstädten, welche nicht einmal eigene Magistrate hatten, konnten die Curien dem Statthalter die zu bestellenden Vormünder nur auf eigene Verantwortlichkeit vorschlagen, und mit der eigentlichen Bestellung derselben hatten sie nichts zu schaffen[86]). Eine neue Unterscheidung begründete in den Provinzialstädten eine griechische Constitution Kaiser Justinian's, welche in den lateinischen Handschriften des Codex ausgefallen und erst von den neueren Rechtsgelehrten als const. 30. C. de episcopali audientia (1. 4.) aus der collectio XXV. capitulorum[87]) restituirt worden ist. Nach diesem Gesetze soll bei der Bevormundung unterschieden werden, ob das Vermögen des zu bevormundenden Pupillen oder Minorennen über 500 solidi beträgt oder darunter. In jenem Fall gehört die Dation noch immer vor den Statthalter der Provinz, und die Localbehörden können nur in Folge einer Commission den Vormund ernennen. In diesem Falle hingegen soll der ohnehin ärmere Pflegling mit den Kosten der Reise oder Correspondenz an den entfernten Statthalter verschont bleiben und deßhalb die Ortsobrigkeit befugt sein, auch ohne Vollmacht des Präses die Bestellung der Tutoren und Curatoren vorzunehmen. Als Ortsbehörden werden in diesem Gesetze die Defensoren und die Strategen, für Alexandrien der Juridicus genannt; doch sollen dieselben nicht allein handeln, sondern den Bischof der Stadt zuziehen, welcher nicht blos seinen Rath ertheilen, sondern auch der Wahl persönlich beiwohnen muß. Auch sollen in den Städten, in welchen dergleichen vorhanden sind, auch noch öffentliche Personen (δημόσια πρόσωπα) zugezogen werden, worunter wahrscheinlich die Tabularien und scribae zu verstehen sind. In den Justinianischen Institutionen[88]) findet sich ein wenig genauer Auszug dieser Constitution, in welchem un-

80) L. 1. pr. D. 26. 5.
81) L. 1. pr. D. 26. 5. L. 17. D. de off. praesidis. (1. 18.)
82) L. 15. pr. D. de officio proconsulis. (1. 16.) L. 1. §. 1. D. 26. 5.
83) Arg. L. 8. D. 26. 5. L. 1. pr. u. §. 1. D. de officio eius, cui est mandata iurisd. (1. 21.)
84) L. 2. D. de officio iuridici. (1. 20.)
85) L. 1. §. 2. 3. D. 27. 8. L. 46. §. 6. D. de administrat. (26. 7.)
86) L. 1. in fin. C. 5. 33.
87) Vergl. Heimbach, Ἀνέκδοτα tom. II. p. 174.
88) §. 5. J. 1. 20. Daß die Lesart richtig ist, ergibt sich aus Theoph. ad h. l. Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 1, S. 366.

ter den publicae personae die Magistrate und der Juridicus von Alexandrien verstanden werden. Diese Constitution bezieht sich indeß nur auf die Altersvormundschaft. Die Bestellung eines Curator für einen Wahnsinnigen bleibt in den Provinzen nach einer besonderen Verordnung Justinian's [89]) dem Statthalter derselben unter Zuziehung des Stadtbischofs und dreier Primaten aus der Curie der Stadt überlassen. Dagegen wird im Justinianischen Rechte nicht mehr zwischen außerordentlichen und ordentlichen Vermündern unterschieden, sondern beide von derselben Behörde bestellt [90]). Im teutschen Rechte stand zunächst die Bevormundung dem König als obersten Vormund der Wittwen und Waisen zu, und er mußte im Krönungseide diese Pflicht feierlich angeloben. Mit Auflösung des teutschen Reiches ist dieß zwar weggefallen, aber die Vorschrift der früheren Reichsgesetze ist geblieben, daß alle Reichstände, namentlich alle Kurfürsten, Fürsten, Prälaten, Grafen, Herren von Adel und Communen in ihren Fürstenthümern, Herrschaften, Obrigkeiten und Gebieten dermaßen Vorsehung zu thun und zu ordnen haben, daß den Pupillen und minderjährigen Kindern jederzeit ein Vormund gegeben werde [91]). Heutzutage sind die zur Bevormundung verpflichteten Territorialbehörden gewöhnlich die ordentlichen Ober- und Untergerichte, und nur bei Personen, welche einen befreiten Gerichtsstand haben, treten besondere Gerichte ein. Endlich können auch landsässige Städte, welche die Patrimonialgerichtsbarkeit haben, durch ihre Niedergerichte die Bevormundung vornehmen lassen. 4) Derjenige, welchem ein Curator bestellt wird, muß dem Gerichtszwange der Obrigkeit, welche ihn bevormundet, unterworfen sein, d. h. in deren Gerichtsbarkeit entweder civis sein oder daselbst sein bleibendes Domicil haben [92]). Von dieser Regel erkennt indeß das römische Recht schon einige Ausnahmen an. Denn auf der einen Seite können die römischen Magistrate, wenn schon Rom für das gemeinschaftliche Vaterland aller römischen Bürger gilt, nicht jedem sich dort zufällig aufhaltenden, aber in Italien oder in den Provinzen ansässigen Pupillen einen Vormund bestellen, sondern nur dann, wenn dieselben daselbst wirklich geboren oder wenigstens domicilirt sind [93]), und auf der anderen Seite hat Kaiser Justinian dem Richter, bei welchem ein Prozeß anhängig ist, das Recht ertheilt, dem Beklagten nöthigen Falls einen Curator ad litem zu bestellen [94]). Das teutsche Recht hat das forum originis nie als competent anerkannt, und deßhalb bleibt für das heutige Recht in Betreff der Bevormundung nur das forum domicilii übrig [95]). 5) Die, welche vom

---

89) L. 7. §. 6. in fin. C. 5. 70.

90) L. 1. C. de tut. vel. cur. illustr. (5. 33.)

91) Reichspolizeiordnung von 1548 und 1577, Tit. 32, §. 1.

92) L. 1. §. 2. D. de tut. datis ab his. (26. 5.) L. 10. D. de tutelis. (26. 1.) L. 24. D. 26. 5. L. un. C. ubi petantur tut. (5 32.)

93) Vat. fr. §. 232. L. 30. §. 1. D. de excus. (27. 1.) L. 1. §. 2. D. 26. 3.

94) L. 28. §. 1. C. de administr. tut. (5. 37.)

95) Vergl. Leyser, spec. ad Pand. 333. med. 6. Stryk, usus mod. Pand. 26. 5. §. 8. Rudorff a. a. O. Th. 1, S. 372.

Magistrat zu Vormündern bestellt werden, müssen dem Gerichtszwange desselben unterworfen sein[96]). Daher kann der Magistrat weder den, welcher aus einer anderen Provinz ist, noch sich selbst[97]) zum Vormund bestellen. Auch kann kein römischer Magistrat weder seinen Collegen noch einen höheren Magistrat ohne dessen Willen giltiger Weise zum Vormund bestellen, da er über denselben weder imperium noch iurisdictio hat[98]), wenn schon jeder Municipalmagistrat seinen Collegen[99]), oder die Curie in dessen Abwesenheit ihren Magistrat[100]) oder einen Concurialen[101]) zum Vormund zu ernennen berechtigt ist. Die Unterwerfung unter den Gerichtszwang des Magistrats, welcher den Vormund bestellt, beurtheilt man nach der Thatsache, ob der letztere im Gerichtssprengel des ersteren incola[102]) oder civis[103]) ist. Fehlt es an tauglichen Subjecten in dem Gerichtssprengel, so sollen die Magistrate nach einem Rescripte der Kaiser Marcus und Verus sich in den benachbarten Jurisdictionssprengeln nach tüchtigen Personen umsehen und die Namen derselben an die höhere Behörde einsenden, da sie ihrer Incompetenz halber sich selbst der Dation enthalten müssen[104]). Ist dieß Erforderniß bei der Bestellung des Vormundes vernachlässigt worden, so tritt unausbleiblich Nullität des Decretes ein, und der bestellte Vormund hat es nicht einmal nöthig sich zu excusiren[105]). 6) Die formelle Bestellung des Curator durch Dation darf nicht an einem inneren Mangel leiden. Dazu gehört eine giltige Willensbestimmung des Magistrats, welcher ihn bestellt. Ist der Magistrat also bei der Bestellung wahnsinnig oder in einem factischen Irrthum befangen, so ist die Dation ungiltig[106]). Die äußere Form der Bestellung ist die Form des Decretes. Suspensivbedingungen und Zeitbestimmungen können bei Strafe der Nullität nicht eingefügt werden, da die Bestellung eines Vormundes ein actus legitimus ist und Bedingungen und Zeitbestimmungen ausschließt[107]). Gegenwart und Einwilligung des Curators und des Mündels[108]) ist dabei eben so wenig nothwendig, als die Abfassung desselben zu einer bestimmten Zeit[109]) oder an

96) L. 5. C. qui dare. (5. 34.)
97) L. 4. D. de officio praetorum. (1. 14.) L. 5. D. de officio praesidis. (1. 18.) L. 4. D. de tut. datis. (26. 5.)
98) L. 13. §. 4. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.) L. 14. D. de manumiss. (40. 1.) L. 3. §. 3 u. 4. D. de receptis. (4. 8.) L. 14. D. de iurisdict. (2. 1.)
99) L. 19. §. 1. D. 26. 5.
100) L. 3. D. qui petant. (26. 6.)
101) L. 19. pr. D. 26. 5.
102) L. 5. C. 5. 34.
103) L. 3. D. 26. 5. L. 5. C. 5. 34.
104) L. 24. D. 26. 5. L. 1. §. 10. D. de mag. conven. (27. 8.)
105) L. 13. §. 12. D. de excus. (27. 1.) L. 5. C. 5. 34.
106) L. 8. §. 1. D. 26. 8. L. 10. u. 26. D. ibid.
107) L. 6. §. 1. D. 26. 1. L. 77. D. de R. I. (50. 17.), sagen dieß nur von der tutoris datio; allein der Gerichtsbrauch hat diese Bestimmungen auch auf die Bestellung von Curatoren übertragen.
108) L. 5. u. 6. D. 26. 5. L. 19. C. de administr. (5. 37.)
109) L. 8. §. 2. D. 26. 5. L. 1. §. 2. D. de feriis. (2. 12.)

einem bestimmten Orte. Nur wenn der Vormund cum inquisitione bestellt wird, ist es unumgänglich nothwendig, daß das Decret pro tribunali abgefaßt sei[110]). Die Bestellung von mehreren Vormündern durch Ein Decret ist ebenfalls zulässig[111]). Gewöhnlich wird mit der Abfassung des Decretes auch zugleich die Beeidigung der Vormünder und die Caution derselben, wo sie ihnen nicht speciell erlassen wird, verbunden, auch erfolgt sofort die Aufnahme des Inventars[112]), und über dieß Alles wird während des Actes selbst ein Protokoll errichtet, welches in der Kunstsprache gesta oder praesidialia acta heißt[113]). Der obrigkeitlichen Dation des Curator geht in der Regel die inquisitio vorher[114]), d. h. eine Untersuchung der Obrigkeit, welche ihn bestellt, ob die zu ernennende Person wohlhabend ist, ein ehrbares Leben führt, ob sie Kinder hat und ihren Eltern Liebe bezeugt, und überhaupt fähig ist ein fremdes Vermögen zu verwalten[115]). Der Zweck dieser Untersuchung ist der, die Tüchtigkeit des Vormundes zu erweisen[116]), und wenn sie zum Vortheil des vorgeschlagenen Subjectes ausfällt, gilt es sofort für tauglich zur Uebernahme und Verwaltung der Vormundschaft. Die Untersuchung wird durch ein Decret der Obrigkeit, welche sie vorgenommen hat, beendigt und in demselben die Verwaltungsfähigkeit des Vormundes ausdrücklich anerkannt[117]). Daß aber, wie Rudorff[118]) annimmt, diese Untersuchung auch die Person des Mündels und das Vorhandensein der gehörigen Bedingungen zur Bestellung eines Vormundes betroffen habe, läßt sich aus dem Zeugnisse des Theophilus nicht ersehen, und wird auch durch Pandektenstellen nicht erwiesen[119]). Wahrscheinlich war das Recht, diese Inquisition vorzunehmen, ein Vorrecht der magistratus populi Romani, da ein solches Decret pro tribunali abgefaßt werden mußte[120]), und unter den Magistraten, welche dazu befugt waren, nur die Consuln, Prätoren, praefecti urbi und Statthalter der Provinzen genannt werden[121]), endlich auch die Verbindung der Confirmation mit der Inquisition nicht undeutlich für diese Ansicht zu sprechen scheint. Woher diese Inquisition stammt, läßt sich nicht mit Gewißheit sagen. Die ersten Spuren derselben finden sich in der Verordnung des Kaisers Claudius, durch welche die Consuln angewiesen wurden, Pupillen extra ordinem nach vorgängiger Inquisi-

---

110) L. 7. §. 1. D. de confirm. tut. (26. 3.)
111) L. 25. D. 26. 3.
112) L. 7. §. 5 u. 6. C. 5. 70. L. 24. C. de administratione. (5. 37.) Nov. 72. cap. ult.
113) L. 6. C. de petitione hered. (3. 31.) L. 28. §. 4. C. 5. 37.
114) L. 26. §. 5. D. 26. 5. L. 18. D. ibid. §. 3. J. 1. 25.
115) Theoph. I. 24. pr. ed. Reitz. tom. I. p. 182. L. 21. §. 5. D. 26. 5. L. 5. D. 26. 3.
116) Pr. J. de satisdat. tut. vel. cur. (1. 24.) L. 4. §. 4. D. 26. 6. L. 6. §. 2. D. 26. 3.
117) L. 5. D. 26. 3.
118) A. a. O. Th. 1, S. 438.
119) L. 6. D. 27. 10. L. 26. D. 26. 3.
120) L. 7. §. 1. D. 26. 3.
121) Cafi inst. I. §. 200, vergl. mit §. 3 u. 4. J. de Atil. tut. (1. 20.)

tion Tutoren zu bestellen[122]), und erst seit dieser Zeit ist die Inquisition auch auf die Bestellung von Curatoren übertragen und mit der Confirmation der unvollkommenen testamentarischen Vormünder in Verbindung gebracht worden.

Die Bestellung eines Curator durch das Decret des Magistrats geschieht bei den Minderjährigen in der Regel nur mit ihrer Einwilligung, da diese Curation eine freiwillige ist. Demnach muß ein solcher Vormund immer vom Magistrat erst erbeten werden, ein Act, welchen man gewöhnlich mit den Ausdrücken poscere, petere, postulare curatorem bezeichnet. Diese Erbittung kann in der Regel nur vom Minderjährigen oder dessen Bevollmächtigten[123]) ausgehen, da fremde Personen, welche kein mandatum praesumtum haben, wenn der Adultus am Orte ist, ganz und gar nicht und, wenn er abwesend ist, nur gegen die Bestellung der cautio rem ratam dominum habiturum zugelassen werden[124]). Ist der Minderjährige aber bereits als Pupill sui iuris geworden, so soll sein Tutor ihn daran erinnern, daß er sich einen Curator erbitte, und wenn der Mündel dessen ungeachtet aus Leichtsinn oder anderen Gründen dieser Administration kein Gehör gibt, so dauert zwar nicht die Tutel, wohl aber das Amt des Tutors, die Verwaltung des Vermögens und die Abschließung der Geschäfte von Seiten desselben so lange fort, bis dem Mündel Curatoren bestellt sind, und nur wenn der Minderjährige in seiner Weigerung beharrt, kann der Tutor subsidiarisch für ihn einen Curator erbitten, an welchen er dann Rechnung abzulegen und das Vermögen auszuhändigen hat[125]). Auch Andere, welche an der Bestellung des Curators für den Minderjährigen ein besonderes Interesse haben, können ihn zur Petition eines Curators ermahnen, und, wenn diese Ermahnung fruchtlos geblieben ist, in dessen Namen für ihn einen Curator von der Obrigkeit erbitten. Dieß tritt namentlich dann ein, wenn der Minderjährige, welcher keinen Curator hat, von Jemand verklagt wird[126]), da er nicht ohne Curator prozessiren kann[126a]), oder wenn der Schuldner eines Minderjährigen an diesen Zahlung leisten will, sich aber nicht sicher glaubt, weil der Minderjährige das Geld verschleudern und sich gegen die Zahlung restituiren lassen könnte[127]). In anderen Curationen, wo der Pflegling selbst nicht im Stande ist[128]), sich einen Vor-

122) Suet. Claud. 23., vgl. mit §. 3. J. 1. 20. u. Caius inst. I. §. 200.

123) L. 13. §. 2. D. 26. 5. L. 2. §. 4 u. 5. D. 26. 6. L. 36. §. 1. D. de excus. (27. 1.) L. 6. C. qui petant. (5. 31.) L. 2. §. 29. D. ad SC. Tertull. (38. 17.)

124) L. 43. §. 3. D. de procur. (3. 3.)

125) L. 33. §. 1. D. 26. 7. L. 2. C. de susp. (5. 43.) L. 7. C. 5. 31.

126) L. 1. C. 5. 31.

126a) L. 2. C. qui legitimam. (3. 6.) L. 11. C. qui dare. (5. 34.) L. 1. §. 3 u. 4. C. 26. 7.

127) L. 7. §. 2. D. de minoribus. (4. 4.)

128) Dieß ist der Fall bei der Curation über einen Ungeborenen (L. 2. §. 30. D. 38. 17.), über einen Pupillen und Wahnsinnigen (L. 2. §. 31. D. 38. 17. L. 28. §. 1 u. 2. C. 5. 37. L. 3. C. 5. 70.), über einen Verschwender (L. 12. §. 2. D. 26. 6.).

mund zu erbitten, wird die Erbittung des Curator eine causa popularis und Jeder aus dem Volke ist dann zur Petition berechtigt[129]). Unter den einzelnen zur Erbittung berechtigten Personen haben die Cognaten und Affinen vor den Fremden den Vorzug[130]), und erst, wenn der Nähere zögert, kommt das Recht an den Entfernteren[131]). Nur bei Bestellung eines Prozeßcurators für einen während des Prozesses wahnsinnig gewordenen Beklagten concurrirt der Kläger, wenn er will, mit den Cognaten und Affinen des Wahnsinnigen[132]), und bei der cura bonorum im Concurse werden nach dem Pandektenrechte die Gläubiger als vorzugsweise zur Petition berechtigt genannt[133]). Es wird aber in den römischen Rechtsquellen auch eine Reihe von Personen aufgestellt, welche zur Erbittung eines Vormundes für den Mündel geradezu verpflichtet sind. Dieß ist der Fall bei der sogenannten petitio necessaria. Dieß tritt nicht allein bei den Tutoren[134]) und, falls diese verstorben sind, bei deren Erben ein, sondern auch bei den nächsten Cognaten des Mündels, von denen man annimmt, daß sie inofficios handeln, wenn sie ihm keinen Vormund erbitten. Zunächst ist nach einer Epistel des Septimius Severus an den Tutelarprätor Cuspius Rufinus die Mutter verpflichtet, tüchtige Tutoren ihren Kindern zu erbitten, bei Verlust des ganzen ihr zustehenden Intestaterbrechtes in deren Güter, und diese Strafe trifft sie auch dann, wenn sie, falls die ersten ordentlichen Vormünder excusirt oder removirt sind, nicht gleich andere in Vorschlag bringt[135]). Durch die Interpretation der römischen Juristen ist diese Constitution, welche nur von filii und deren Pupillartutel spricht, auch auf die Enkel[136]) und auf die cura über Pupillen, Ungeborene, Wahnsinnige, Verschwender und in feindlicher Gefangenschaft befindliche Pupillen, nie aber auf die cura über Adulten bezogen worden[137]). Das Mittel, diese Strafe gegen die Mutter geltend zu machen, ist eine Einrede, welche dem Beklagten gestattet wird, falls sie ihr Erbrecht mit der hereditatis petitio geltend macht[138]), und wenn diese Einrede liquid ist, werden ihr die Klagen denegirt[139]). Die Strafen der Mutter wurden in einer Constitution von Valentinian, Valens und Gratian noch mit der Infamie vermehrt, so daß sie weder über ihr Vermögen testiren, noch durch Schenkungen dar-

---

129) L. 3. C. 5. 70. Von der Tutel sprechen L. 2. pr. D. 26. 6. L. 10. C. 5. 31. L. 28. §. 2. C. 5. 37.

130) L. 2. §. 24. D. ad SC. Tertull. (38. 10.)

131) L. 4. u. 10. C. 5. 31. L. 2. §. 3. D. 26. 6.

132) L. 28. §. 1. C. 5. 37.

133) L. 2. pr. D. de curat. bonis dando. (42. 7.)

134) L. 7. §. 13. D. 26. 7. Excusirte Tutoren sind nicht dazu verpflichtet L. 2. §. 6. D. 26. 6.

135) L. 2. §. 2. D. 26. 6. L. 2. §. 23. D. ad SC. Tertull. et Orfit. (38. 17.)

136) L. 2. §. 28. D. 38. 17.

137) L. 2. §. 29—31. D. 26. 6. L. 12. §. 2. D. 26. 5.

138) L. 3. C. ad SC. Tertullianum. (6. 56.)

139) L. 2. §. 47. D. 38. 17.

über disponiren konnte[140]). Doch haben die Kaiser Theodosius und Valentinian diese Verordnung aufgehoben, und allgemein verfügt, daß alle zur Successsion des Pupillen entweder ab intestato oder iure substitutionis berufene Personen, wenn sie ihm keinen Tutor erbeten haben und er in der Unmündigkeit verstirbt, ihre Erbansprüche an dessen Vermögen verlieren sollen[141]), und Justinian wiederholt demgemäß in seinen Institutionen die Bestimmung, daß die Mutter, welche es verabsäumt hat, für ihre Kinder, Vormünder zu erbitten, von aller und jeder Successsion in das Vermögen des unmündig verstorbenen Pupillen ausgeschlossen sein solle[142]). Zur Ausübung dieser Pflicht ist der Mutter ein Jahr Zeit gegeben, nach dessen Ablaufe die Strafe sofort eintritt[143]). Nur in wenigen Fällen kommt die Strafe in Wegfall: a) wenn der Pupill gar kein Vermögen hat[144]); b) wenn die Mutter durch die Unterlassung der Petition dem Pupillen einen größeren Vortheil verschafft, welcher die Nachtheile derselben bei weitem überwiegt[145]); c) wenn der Vater die Erbittung verbietet, weil er will, daß die Mutter die Vormundschaft selbst verwalten soll, und sie in gesetzlicher Form um dieselbe beim Kaiser ansucht und jene dann gehörig verwaltet[146]); d) wenn der Pupill nach erreichter Pubertät verstorben ist, so kann ihr die praescriptio non petiti tutoris nicht entgegengesetzt werden[147]). Diese Milderung rührt aus einem Gesetze von Constantius her, worin sie nur auf die Mutter, welche ihrem Sohne keinen Tutor erbeten hat[148]), bezogen wird, während man aus einer beiläufigen Aeußerung der Theodosischen Novelle ersieht, daß sie auf alle Cognaten bezogen worden ist[149]). Der Grund dieser Ausnahme ist sehr bestritten. Einige von den neueren Rechtsgelehrten nehmen mit Donellus[150]) an, daß durch di se Unterlassung der Petition von Seiten der Mutter nur das unmündige, nicht das mündige Kind beleidigt worden sei. Andere hingegen erblicken mit Vinnius[151]) den Grund dieser Ausnahme in dem Umstande, daß der Pupill nach erreichter Mündigkeit über sein Vermögen nach Gefallen testiren, also es auch nach Gefallen der Mutter lassen oder entziehen könne, und daß, wenn er nicht testirt, oder sonst die Mutter wegen unterlassener Petition nicht ausgeschlossen hat, angenommen werden müsse, er habe dadurch sich nicht veranlaßt gefunden, seiner Mutter die Erbschaftsansprüche zu entziehen. — Die Form der Po-

140) Interpret. ad Nov. Theod. II. de tutoribus. Vergl. Wenck, Codex Theod. p. 186.
141) Nov. Theod. II. lib. 1. tit. 11, im Justinianischen Codex als L. 10. C. de legit. hered. (6. 58.)
142) §. 6. J. de SC. Tertull. (3. 3.)
143) L. 2. §. 43. D. 38. 17. §. 6. J. 3. 3.
144) L. 2. §. 26. D. 38. 17.
145) L. 2. §. 44. D. 38. 17.
146) L. 2. §. 25. D. 38. 17.
147) L. 3. C. 6. 56.
148) §. 6. J. 3. 3. ibique Theoph.
149) L. 10. C. 6. 56.
150) Comm. iur. civ. III. 8. §. 28.
151) Ad §. 6. J. de SC. Tertull.

stulation ist nicht an bestimmte Feierlichkeiten gebunden. Es kann daher jeder von den Berechtigten in Person und durch Boten und Stellvertreter die Postulation vornehmen[152]; nur muß bei den letzteren das Mandat gewiß sein, sonst tritt die cautio de rato ein[153]. Auch kann das Gesuch sowohl als Postulation einer bestimmten Person, wie als Nomination, d. h. als Vorschlag mehrerer Namen zur beliebigen Auswahl vorgetragen werden[154]. — Was den heutigen Gebrauch der Petition anbelangt, so ist derselbe jeglichen Falls nicht in Abrede zu stellen. Auch ist die Zahl der Personen, welche zur Erbittung von Vormündern verpflichtet sind, durch die teutschen Landesgesetze vermehrt worden, indem diese außer der Mutter, den Verwandten und Ehegatten auch noch den Richter des Ortes, die Prediger, Zunftältesten, Handlungsgesellschafter und Nachbarn verpflichten, das vormundschaftliche Gericht auf die Nothwendigkeit einer Vormundschaftsbestellung aufmerksam zu machen. Auch die Strafen, welche bei der versäumten Erbittung eintreten, sind durch den Einfluß der Doctrin nicht abgekommen, und nicht allein die ältere Praxis[155], sondern auch teutsche Statutarrechte haben dieselben ausdrücklich bestätigt. Nur bei der Curation über Minderjährige ist der alte Grundsatz weggefallen, daß sie eine cura voluntaria sei, und daß der Minderjährige sich den Curator selbst erbitten müsse. Dieß geht theils aus der teutschrechtlichen Ansicht hervor, daß die Pupillentutel und cura minorum nur Eine zusammenhängende Vormundschaft sind, theils aus der neueren Doctrin[156] und Praxis[157], wornach der Minderjährige zwar einen Vormund in Vorschlag bringen darf, aber ihm auch ohne sein Ansuchen, ja sogar wider seinen Willen, ein solcher bis zu seinen vogtbaren Jahren gesetzt wird.

In den Kaiserzeiten kam neben den angeführten Entstehungsgründen der Curation durch kaiserliche Constitutionen[158] auch noch das Princip der Confirmationen auf. Man verstand aber unter confirmatio im römischen Sinne die Aufrechthaltung einer ungiltigen, unförmlichen letztwilligen Bevormundung durch obrigkeitliche Dation des ernannten Vormundes, und bezog sie nicht allein auf Curatoren, sondern auch auf Tutoren. In Bezug auf die Curation sind nach dem Zeugnisse der römischen Rechtsquellen folgende Fälle zur Confirmation geeignet: wenn der Vater im Testamente seinem unmündigen Hauskinde einen Curator[159],

---

152) L. 2. §. 4 u. 5. D. 26. 6. L. 2. §. 43. D. 38. 17. L. 8. C. 5. 31.

153) L. 43. §. 3. D. 3. 3.

154) L. 2. §. 23. D. 38. 17.

155) Carpzov, iurispr. for. P. II. const. XI. def. 15, decis. P. III. decis. 286. n. 9. 10. Boehmer, consult. et decis. tom. II. p. II. resp. 860. qu. III. n. 14 u. 15.

156) v. Lynker, von der Vormundschaftsbestellung, Th. 1, §. 9, S. 23.

157) Carpzov, resp. iur. lib. V. resp. 86. Leyser, med. ad Pand. Vol. V. spec. CCCXLVI.

158) L. 1. §. 1. D. 26. 3.

159) L. 40. D. de adm. (26. 7.) L. 6. D. de confirm. tut. (26. 3.)

oder seinen mündigen Kindern einen Tutor oder einen Curator[160]) oder für seinen wahnsinnigen oder verschwenderischen Sohn einen Curator[161]) ernannt hat, oder wenn die Mutter oder Großmutter in ihrem Testamente ihren Kindern oder Enkeln einen Curator zugeordnet hat[162]), vorausgesetzt indeß, daß die Tüchtigkeit des ernannten Vormundes durch obrigkeitliche Untersuchung constatirt werde[163]), und daß sie zugleich in ihrem Testamente das Kind zum Erben einsetze[164]). Daß aber diese in den Quellen angeführten Beispiele nicht die einzigen Fälle sind, in welchen die im Testamente bestellten Curatoren bestätigt wurden, ergibt sich schon aus den beigebrachten Zeugnissen und aus dem Zusammenhange der Lehre mit der Tutel. Jedenfalls läßt die Analogie derselben auch dann eine Confirmation des Curators zu, wenn dieser einem Minderjährigen oder Verschwender von einer Person, welche den Mündel zum Erben einsetzt, im Testament ertheilt wird, und der Mündel kein weiteres Vermögen hat[165])), oder wenn zu dem Mangel des Bestellungsrechtes auch noch ein formeller Mangel des Testamentes hinzutritt, z. B. wenn das Testament ein iniustum oder imperfectum ist[166]), oder wenn der Vormund seine Ernennung zum Vormunde im Testamente zwar nicht gegen des Vaters Willen, wohl aber gegen das SC. Libonianum selbst geschrieben hat, und es sich aus der Inquisition herausstellt, daß gegen seine Person sonst nichts einzuwenden ist[167]). — Die Bestätigung des einmal ernannten Vormundes bedarf folgender Erfordernisse: 1) sie muß von der competenten Behörde ausgehen[168]). Nach Modestin's Bericht waren in Rom ursprünglich die Consuln zur Confirmation befugt[169]), und neben diesen werden auch die Prätoren[170]) genannt, und in Constantinopel gehörte die Confirmation wenigstens in Einem Falle vor den Stadtpräfect[171]); im übrigen Italien konnten die Municipalmagistrate schon zur Zeit der classischen Juristen nur im Auftrag der Oberbehörde confirmiren[172]). In

160) L. 6. D. 26. 3. L. 16. pr. D. 27. 10. Ist er als Tutor für den Mündigen bestellt worden, so kann er natürlich nur als Curator confirmirt werden.

161) L. 16. §. 1. D. 27. 10. L. 7. §. 5. C. 5. 70.

162) L. 2. §. 1. D. 26. 3. L. 69. §. 2. D. de leg. II. (31.)

163) L. 2. §. 1. D. 26. 3. L. 1. C. de conf. tut. (5. 29.) L. 4. §. 4. D. 26. 6. L. 4. D. 26. 2.

164) L. 4. D. 26. 2. L. 4. C. de testam. tutela. (5. 28.)

165) L. 4. u. 5. D. 26. 3. L. 1. C. 5. 28. Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 1, S. 319.

166) L. 1. §. 1. u. 3. D. 26. 3. L. 2. C. 5. 29.

167) L. 29. D. 26. 2. L. 18. §. 1. D. de lege Cornelia de falsis. (48. 10.) Sind außer ihm noch andere testamentarische Vormünder vorhanden, so wird er nur als Curator bestätigt. L. 29. D. 26. 2.

168) L. 2—4. C. de confirmando tut. (5. 29.)

169) L. 1. §. 1. D. 26. 3.

170) L. 2. 6. 8. 10. D. 26. 3. L. 16. D. 27. 1. L. 32. D. ibid. Fr. Vat. §. 159. 246.

171) L. 7. §. 5. C. 5. 70. L. 27. C. 1. 3.

172) L. 5. D. 26. 3. L. 46. §. 6. D. 26. 7. L. 1. §. 6. D. de mag. conv. (27. 8.)

den Senatsprovinzen ſtand die Confirmation dem Proconſul[173]), in den kaiſerlichen dem Statthalter zu[174]). Nach dem Verſchwinden des Unterſchiedes zwiſchen kaiſerlichen und Senatsprovinzen iſt für jede Provinz ihr Statthalter die allgemeine Confirmationsbehörde geworden, und bei der Bevormundung eines Wahnſinnigen bedarf es zu dieſem Zwecke noch der Zuziehung des Biſchofs und der Primaten[175]). 2) Sie wird nach vorhergehender Inquiſition angeordnet, welche die Tüchtigkeit des ernannten Curator zum Gegenſtande hat[176]). Nur wenn der Curator vom rechtmäßigen Vater oder väterlichen Adſcendenten beſtellt worden, erfolgt die Beſtätigung ohne Weiteres (simpliciter)[177]). Als Grund, warum man dieſe Ausnahme bei den von der Mutter oder Großmutter ernannten Vormündern nicht eintreten ließ, wird von den Pandektenjuriſten die größere Verſtandeskraft des männlichen Geiſtes bezeichnet, welcher eher im Stande ſei, über die Tüchtigkeit des Vormundes ein richtiges Urtheil zu fällen[178]). Der Gegenſtand der Inquiſition iſt die Tüchtigkeit des Vormundes in Hinſicht ſeines Vermögens, ſeines Standes, ſeiner perſönlichen Lage und namentlich ſeines Charakters[179]), und wenn dieſe Unterſuchung zu Gunſten deſſelben ausfällt, ſo gilt er für tüchtig zur Uebernahme der Vormundſchaft. — Die Beſtätigung ſelbſt geſchieht durch ein Decret des Magiſtrats, gleichviel ob eine Inquiſition vorhergeht oder nicht[180]). Im Fall der Inquiſition geht der Confirmation indeß ein Vorbeſcheid über die Tauglichkeit des Vormundes voraus[181]). Was das Verhältniß des confirmirten Curators zu den übrigen Entſtehungsgründen der Curation anbetrifft, ſo halten ihn Einige für einen teſtamentariſchen Vormund[182]), Andere hingegen für einen obrigkeitlichen[183]), und noch Andere ſtimmen der erſteren Anſicht im Fall der einfachen Confirmation bei, und der letzteren, wenn die Confirmation ex inquisitione erfolgt[184]). Aus den Zeugniſſen der römiſchen Rechtsquellen iſt freilich nur ſo viel zu erſehen, daß confirmirte Tutoren die geſetzlichen Tutoren ausſchließen[185]), und inſofern erſcheint die confirmirte Tutel nur als eine Erweiterung des älteren Syſtems von den letzten Willen. Ein Gleiches auch von der

---

173) L. 2. pr. D. 26. 3.
174) L. 4. C. 5. 29. L. 16. D. 27. 1. §. 5. J. de tutelis. (1. 13.)
175) L. 7. §. 5. C. 5. 70.
176) L. 4. §. 4. D. 26. 6. L. 1. §. 2. D. 26. 3. L. 28. §. 2. D. 26. 2. L. 30. §. 3. D. 27. 1. L. 1. u. 4. C. 5. 29.
177) L. 6. D. 26. 3. L. 1. §. 2. D. 27. 1. L. 16. D. 27. 10. §. 5. J. de tutelis. (1. 13.) L. 2. C. 5. 29.
178) L. 4. §. 4. D. 26. 6.
179) L. 5. D. 26. 3. L. 21. §. 5. D. 26. 5. Theoph. paraphr. inst. I. 24. pr. ed. Reitz. tom. I. p. 182.
180) L. 5. u. 7. §. 2. D. 26. 3., vergl. mit Fr. Vat. §. 159 u. 246.
181) L. 5. D. 26. 3.
182) So Donellus, comm. de iure civili III. 5. §. 17 sq.
183) So Cuiacius obs. VII. 7.
184) So Finestres ad Hermogeniani epitom. p. 540.
185) L. 27. pr. D. 26. 2. L. 3. C. quando mulier. (5. 35.) Nov. 89. c. 14. Nov. 118. c. 5. Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 1, S. 330 — 333.

Curation anzunehmen, kann in der That keinem gegründeten Zweifel unterliegen. Auf der anderen Seite ist freilich der Magistrat nicht geradezu von Amtswegen verpflichtet, die durch das Testament bestellten Curatoren zu bestätigen, und wenn er daher neben dem unbestätigten testamentarischen einen Dativvormund ernennt, so ist diese Ernennung völlig giltig [186]); auch kann der confirmirte Curator vor der Confirmation jedenfalls nicht als Curator gelten, da ihm die zur Anbringung der Entschuldigungsgründe bestimmte Zeitfrist erst vom Augenblicke der Confirmation an läuft [187]), ihn auch kein Vorwurf trifft, wenn er sich in die Administration der Vormundschaft vor seiner Bestätigung nicht einmischt [188]), und er auch sonst nicht mit den gewöhnlichen Vormundschaftsklagen belangt werden kann [189]). — Von den hier erörterten Grundsätzen des römischen Rechtes weicht das teutsche Recht insofern ab, als es die Regel aufstellt, daß alle Vormünder, ohne Ausnahme, der obrigkeitlichen Bestätigung bedürfen [190]). Man nennt dieß die Vormundschaftsbestätigung nach teutschem Rechte (confirmatio germanica oder ex iure germanico) und versteht darunter die Verfügung der competenten Obrigkeit, wodurch ein Vormund zur Führung der Vormundschaft nach vorhergehender Untersuchung mittelst eines Decretes autorisirt wird. Diese Confirmation gründet sich auf das dem Staate nach teutschem Rechte zustehende Recht der Obervormundschaft, und kann nicht so verstanden werden, als sei durch sie die römisch-rechtliche Confirmation aufgehoben worden, da diese nur die Delation der Vormundschaft, jene hingegen die Verwaltung derselben betrifft. Der unbestätigte Vormund ist nach teutschem Rechte in Rücksicht seiner Amtsrechte wie ein falsus tutor zu behandeln, in Betreff seiner Pflichten ist er aber nicht blos als protutor anzusehen, sondern er trägt vielmehr schon vom Anfall der Vormundschaft an das periculum cessationis, während der unvollkommene testamentarische Vormund, welcher nach römischem Rechte der Bestätigung bedarf, für diese Gefahr keineswegs einzustehen hat.

Was das Verhältniß des Curator zur Vermögensverwaltung anbelangt, welche den hauptsächlichsten Gegenstand der Curation ausmacht [191]), so erscheint derselbe, wie der Tutor, welcher die Geschäfte seines Pupillen gerirt, nur als Verwalter eines fremden Vermögens. Daher ist er zwar zur Vornahme solcher Handlungen befugt, welche mit der Administration in Verbindung stehen, nicht aber zur Verschenkung oder Verschleuderung von Sachen, welche seinem Mündel angehören [192]). Manche neueren

186) L. 3. C. 5. 29. L. 58. §. 2. D. 26. 7.
187) L. 1. u. 2. C. 5. 29. L. 13. §. 12. D. 27. 1.
188) L. 40. u. 58. §. 2. D. 26. 7.
189) L. 1. C. 5. 28.
190) Reichspolizeiordnung von 1548, Tit. 31, §. 2, und von 1577, Tit. 32, §. 2.
191) L. 20. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.) L. 8. C. de nuptiis. (5. 4.) Vergl. v. Löhr a. a. O. Th. III, S. 41 flg.
192) L. 28. §. 1. D. de pactis. (2. 14.) L. 11. u. 17. D. 27. 10., vergl. mit L. 16. C. de adm. (5. 37.) L. 7. §. 3. D. pro emtore. (41. 4.) L. 46. §. 7. D. 26. 7. L. 22. D. ibid.

Rechtsgelehrten drücken diese Befugniß der Vormünder in Betreff der Administration durch den Satz aus, daß Tutoren und Curatoren in dieser Beziehung als Stellvertreter der Eigenthümer zu betrachten sind[193]). Eine Regel, die man indessen nicht so verstehen darf, als seien sie berechtigt, alle Handlungen vorzunehmen, welche vom Eigenthümer selbst hätten vorgenommen werden können. Daraus geht zugleich so viel als gewiß hervor, daß der Curator in Betreff seines Mündels als eine andere, demselben zugeordnete Person erscheint, welche ihn in bestimmten Fällen zu vertreten hat, aber nicht mit ihm in der Personeneinheit steht. Am deutlichsten ergibt sich die Wahrheit dieser Ansicht aus der Zusammenstellung der Tutoren, Curatoren, Syndiken einer Universitas und solchen Procuratoren, welchen die Verwaltung eines ganzen Vermögens anvertraut ist, in dem classischen Pandektenrechte. So kann die manumissio per vindictam weder durch Tutoren, Curatoren und Procuratoren vorgenommen werden[194]); Besitz und Eigenthum kann durch dieselben sogar gegen unseren Willen uns erworben werden[195]); ein Pfandrecht konnte nach älterem Rechte durch keinen dieser Stellvertreter erworben werden[196]), was freilich durch Justinian abgeändert worden ist[197]); Obligationen können weder activ noch passiv durch die genannten Personen erworben werden, doch half man auch hier mit utiles actiones in der Kaiserzeit nach[198]); auch können dieselben als solche keinen Anderen zur Führung des Prozesses bevollmächtigen oder ihm einen Theil der Geschäftsführung übertragen, und erst durch die Litiscontestation werden sie fähig, andere Bevollmächtigte zu substituiren[199]); endlich können sie gleichmäßig durch Novation Obligationen derer, welche sie vertreten, aufheben[200]), allein es ist ihnen insgesammt, nicht gestattet, solche Obligationen durch Acceptilation zu quittiren, und sie müssen daher, wenn diese nothwendig ist, vorerst durch Novation die Obligation auf sich selbst übertragen, und dann können sie zweifelsohne, wie jeder Andere, die Acceptilation in ihrer Person vornehmen[201]). Aus dieser Zusammenstellung der Vormünder mit den Procuratoren ergibt sich zugleich auch so viel als gewiß, daß die Tutoren und Curatoren

---

193) L. 157. pr. D. de R. I. (50. 17.), vergl. mit L. 27. D. 26. 7.

194) L. 13. D. de manumiss. (40. 1.) L. 17. D. 27. 10. L. 22. D. qui et a quibus (40. 9.) (Curatoren eines Wahnsinnigen), vergl. mit L. 6. C. 7. 11. (Tutoren) und L. 3. C. de vindicta libertate (7. 1.) (Procuratoren).

195) L. 1. §. 20. D. de acqu. vel amittenda possess. (41. 2.) L. 13. §. 1. D. de acqu. rer. dom. (41. 1.), vergl. mit L. 20. §. 2. D. 41. 1. Siehe v. Löhr a. a. O. Th. III, S. 45—49.

196) L. 11. §. 6. D. de pignoraticia actione. (13. 7.)

197) L. 2. C. per quas personas. (4. 27.)

198) L. 9. pr. D. 26. 7. Dig. 26. 9. Cod. 5. 39.

199) L. 24. pr. D. 26. 7. L. 11. C. de procuratoribus (2. 13.), vergl. mit L. un. C. de actore a tutore — const. (5. 61.) L. 74. D. de procurat. (3. 3.) L. 8. 22. u. 23. C. 2. 13.

200) L. 22. D. 26. 7. L. 20. §. 1. D. de novat. (46. 2.) L. 34. §. 1. D. ibid.

201) L. 13. §. 10. D. de acceptilatione. (46. 4.) Daraus ist L. 3. D. ibid. zu erklären.

in der Regel das Recht haben, zum Zwecke der Administration alle die Handlungen vorzunehmen, welche durch Bevollmächtigte vorgenommen werden können, und daß sie sich von dieser Gattung von Stellvertretern nur dadurch unterscheiden, daß sie nicht durch den Auftrag des Principals, sondern durch den Willen des Gesetzes als Stellvertreter für diesen bestellt werden. Endlich erhellt aus dem Gesagten auch noch, daß Tutoren und Curatoren bei der Administration des Vermögens im Ganzen gleiche Befugnisse haben. Die wenigen Verschiedenheiten, welche sich dennoch im römischen Rechte vorfinden, liegen nicht im Begriffe ihres Amtes, und wurden erst von späteren Gesetzgebern, allein mit Rücksicht auf den Vortheil des Pflegebefohlenen und nur in Beziehung auf den Tutor eines Kindes und den Curator eines Wahnsinnigen, hinzugefügt; sie beruhen also auf Bestimmungen, welche ohne Rücksicht auf den Geist der Institute aufgestellt worden sind, und bei deren Abfassung immer nur ein einzelner Fall ins Auge gefaßt ist. Zur Bestärkung dieser Ansicht kann man auch noch eine Reihe von Fällen benutzen, in welchen das classische Pandektenrecht die Handlungsbefugniß der Tutoren und Curatoren in Bezug auf ganz specielle Facten auf gleiche Linie stellt. Beide haben nämlich nach dem Pandektenrechte die Befugniß ein **opus novum** zu nunciiren [202]), durch ihren Vertrag dem Pupillen und Curanden Exceptionen zu erwerben [203]), in ihrem Namen zu transigiren [204]), Eide zuzuschieben [205]), Prozesse anzufangen, ohne zur Cautionsleistung verbunden zu sein [206]), ein **iuramentum in litem** auszuschwören und andere dergleichen Fälle mehr.

Die allgemeinen Verpflichtungen der Curatoren bei der Verwaltung der Curation lassen sich auf folgende Punkte zurückführen: 1) auf die Verpflichtung zur Cautionsleistung. Diese Caution wird der Verwaltung halber geleistet und ihrem Inhalte nach in der Kunstsprache der römischen Juristen mit den Worten bezeichnet: **rem pupilli salvam fore.** Sie beruht auf einem Edicte des Prätors [207]), welches jünger ist als die **lex Atilia und Iulia et Titia** [208]), aber jedenfalls älter als Trajan, ist eine prätorische Stipulation und zwar eine **cautionalis**, d. h. eine solche, die gegeben wird, um eine neue Klage (nämlich die **actio ex stipulatu**) zu begründen; doch wird sie in manchen Stellen [209]) als **stipulatio com-**

---

202) **L. 7. §. 1. D. de operis novi nuntiatione. (39. 1.)**

203) **L. 12. 15. u. 28. §. 1. D. de pactis. (2. 14.)**

204) **L. 54. §. 5. D. de furtis. (47. 2.)** **L. 46. §. 7. D. 26. 7.** **L. 96. §. 1. D. de solut. (46. 3.)**

205) **L. 17. §. 2 u. 3. D. de iureiurando. (12. 2.)**

206) **L. 22. u. 23. D. 26. 7.** **L. 46. §. 7. D. ibid.** **L. 11. §. 7. D. de exceptione rei iud. (44. 2.)** **L. 1. 11. 13. 28. C. de administr. tut. (5. 37.)**

207) **Caius inst. I. §. 199.** **L. 4. C. de tut. vel. cur. qui satis non dedit. (5. 42.)**

208) **§. 3. J. 1. 20.**

209) **L. 5. pr. D. 45. 1.** **§. 4. J. de divisione stipulationum (3. 18.) ibique Theoph. ed. Reitz. tom. II. p. 641.**

munis betrachtet, da sie auch vom Richter im Nothfalle nachgefordert werden kann. Anspruch auf diese Caution haben alle unter der Vormundschaft befindlichen Personen, wenn diese mit Verwaltung des Vermögens verbunden ist[210]). Anbefohlen wird dieselbe nach den Zeugnissen der classischen Juristen allen Tutoren und Curatoren, ohne Unterschied, ob sie generelle oder specielle Vormünder sind, wenn sie nur überhaupt ein Verwaltungsrecht haben, also Curatoren für Ungeborene, Pupillen, Minderjährige, Wahnsinnige, Verschwender, für solche, welche körperlicher Gebrechen halber ihre Geschäfte nicht gehörig verwalten können, für Abwesende, und denen, welche zur Verwaltung einer Erbschaft oder zum Verkauf der Concursgütermasse bestellt werden[211]). Ausgenommen sind alle unvollkommnen testamentarischen Vormünder, welche vom Vater des Mündels bestellt worden sind[212]); die von der Mutter oder Großmutter im Testamente bestellten, wenn sie von einem magistratus populi Romani nach vorgängiger Untersuchung ihrer Tüchtigkeit confirmirt worden sind[213]); auch alle von den höheren Magistraten vermöge ihrer Amtsgewalt ex inquisitione bestellten Curatoren[214]), und diese zwar deßhalb, weil das vom Magistrat über ihre Tüchtigkeit gefällte Urtheil die Satisdation überflüssig macht. Nur wenn unter mehreren einer allein die Administration haben will, muß dieser die Stipulation leisten[215]). In der Curation für einen Wahnsinnigen ist der Vormund, wenn er vermögend ist, stets von der Satisdation frei[216]). Hiernach sind es namentlich die von den Municipalmagistraten gegebenen oder confirmirten, oder von höheren Magistraten ohne Inquisition bestellten, oder endlich die gesetzlichen Curatoren, welchen die Verpflichtung zunächst obliegt, die Caution zu leisten. Die Form, in welcher diese Caution geleistet wird, ist die einer Stipulation zwischen dem Vormund und seinem Pflegling[217]), und es müssen zur größeren Sicherheit des letzteren jedenfalls Bürgen, deren Tüchtigkeit der Magistrat zu untersuchen hat, gestellt werden[218]). Ist der Mündel abwesend oder noch nicht aus dem Kindesalter heraus, so wird die Stipulation an einen Sclaven oder Hausſohn des Mündels abgegeben[219]). Ist auch dieß nicht thunlich, so wird die Stipulation von einem öffentlichen

---

210) L. 4. §. 8. D. rem pupilli vel adolescentis salvam fore. (45. 6.) L. 8. D. 27. 10. L. 3. C. de postliminio. (8. 51.)

211) L. 8. D. 46. 6., vergl. mit L. 4. §. 8. D. ibid. L. 8. D. 27. 10. L. 3. C. 8. 51.

212) L. 3. D. 26. 3. L. 27. C. de episc. aud. (1. 4.) L. 7. §. 5. C. 5. 70.

213) L. 2. pr. u. §. 1. D. 26. 3. L. 11. §. 1. D. ibid.

214) Caius inst. I. §. 200. L. 4. C. 5. 42. Pr. J. 1. 24. Theoph. ad h. l. tom. I. p. 182. L. 5. D. 26. 3., vergl. mit L. 7. §. 6. C. 5. 70. L. 27. C. 1. 4. L. 8. D. 27. 10.

215) L. 4. C. 5. 42.

216) L. 27. C. 1. 4. L. 7. §. 6. C. 5. 70.

217) L. 6. D. 46. 6. L. 1. §. 15. D. de mag. conveniendis. (27. 8.)

218) Theoph. I. 24. pr. u. §. 2. tom. I. p. 182 u. 186.

219) L. 1. §. 15. D. 27. 8. L. 2. 5. 6. D. 46. 6. L. 7. §. 4. C. 5. 70.

Sclaven, gewöhnlich einem tabularius, vorgenommen [220]), oder von einem vom Prätor zu diesem Zwecke bestellten freien Menschen oder vom Ordo oder vom Duumvir selbst [221]). Falls mehrere Vormünder vorhanden sind, kann der eine dem anderen die Administration cediren und dann sich im Namen des Mündels die Caution von seinem Collegen bestellen lassen [222]). In den zuerst genannten Fällen erwirbt der Mündel stets die aus der Caution entstehende actio ex stipulatu bald als directa, bald als utilis, wie er sie nur nach den allgemeinen Grundsätzen von der Erwerbung der Rechte durch Andere erwerben kann [223]); im zuletzt genannten Falle steht hingegen die Klage nur dem Vormunde zu, welcher die Caution angenommen, weil er ein hinreichendes juristisches Interesse hat, da er dem Mündel obligirt ist, sobald diesem ein Nachtheil erwächst. Außer dieser actio ex stipulatu, welche der Mündel aus der ihm geleisteten Caution gegen den Vormund und dessen Bürgen erwirbt, hat derselbe, falls er von jenen keinen Schadenersatz erlangen kann, auch eine in factum actio subsidiaria gegen die Municipalmagistrate, welche entweder gar keine, oder solche Bürgen, welche zur Bürgschaft untüchtig waren [224]), gegen ihre Amtspflichten angenommen haben, oder unter gleichen Voraussetzungen auch gegen diejenigen, welche zur Prüfung der Tüchtigkeit der angenommenen Bürgen erwählt worden waren [225]). Diese Klage stammt aus einem unter Trajan abgefaßten SC. [226]), und ist ihrer Natur nach eine der tutelae actio nachgebildete utilis actio [227]), welche auch gegen die Erben [228]) und Collegen des Magistrates [229]), welcher den Vormund bestellt hat, angestellt werden kann. — Weigert sich der bestellte Curator Caution zu leisten, so hat er die Gefahr bei der Verwaltung der Vormundschaft zu tragen, aber Administrationsrechte werden ihm nicht zugestanden [230]). Außerdem kann der Prätor gegen denselben extra ordinem, d. h. mit der pignoris capio verfahren, um ihn zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit zu zwingen [231]). 2) Auf die Verpflichtung, eidlich zu versprechen das Vermögen gehörig zu administriren, des Pflegebefohlenen Bestes wahrzunehmen und allen Schaden zu verhüten. Zunächst ist die Ableistung eines solchen Eides nur dem Curator eines Wahn-

---

220) Theoph. l. c. tom. I. p. 187. L. 2. D. 46. 6.
221) L. 3. D. 46. 6. L. 1. pr. u. §. 15. D. 27. 8., vergl. mit Theoph. I. 24. §. 3. ed. Reitz. tom. I. p. 186.
222) L. 38. §. 20. D. 45. 1. L. 55. §. 2. D. 26. 7.
223) L. 4. pr. D. 46. 6.
224) Theoph. I. 24. §. 2. tom. I. p. 185. L. 6. D. 27. 8.
225) L. 1. §. 8. D. 27. 8. L. 6. C. 5. 75.
226) L. 5. C. de magistrat. conveniendis. (5. 75.)
227) L. 1. u. 5. C. 5. 75., vergl. mit L. 9. D. 27. 8.
228) L. 4. D. 27. 8. L. 6. D. ibid. L. 2. C. 5. 75. Theoph. l. c. I. 24. §. 2. tom. I. p. 186.
229) L. 1. §. 9. D. 27. 8. L. 7. D. ibid. L. 3. C. 5. 75.
230) L. 5. C. 5. 42. L. 3. C. ibid. L. 13. §. 1. D. 26. 5. L. 6. §. 1. D. 26. 1. L. 4. C. in quibus causis in integrum rest. (2. 41.) Vgl. Ruborff a. a. O. Th. 2, S. 222—226.
231) §. 3. J. 1. 24. ibique Theoph. tom. I. p. 186.

sinnigen zur Pflicht gemacht worden [232]). Er wird körperlich und zwar auf die Evangelien geleistet und über die ganze Verhandlung ein Protokoll aufgenommen. In einem späteren Gesetze Justinian's kommt dieser Eid aber auch bei den Vormündern unmündiger und minderjähriger Personen vor [233]). 3) Auf die Verpflichtung zur Anfertigung einer genauen förmlichen Designation sämmtlicher, beim Antritt der Vormundschaft vorhandenen Vermögensstücke [234]). Der Name, mit welchem die Designation in den römischen Rechtsquellen bezeichnet wird, ist bald inventarium, bald repertorium. Für die Anfertigung eines solchen Verzeichnisses ist zuerst durch eine Constitution von Arcadius und Honorius eine bestimmte Form festgesetzt worden [235]), welche indeß Kaiser Justinian nicht anerkannt hat, da gerade die betreffenden Stücke der früheren Constitution im Justinianischen Codex weggelassen worden sind [236]), und nur die Zuziehung der publicae personae bei der Anfertigung des Inventars daselbst geboten worden ist. Vor Errichtung des Inventars bekommt der Vormund die Verwaltung gar nicht in die Hände [237]), und in der künftigen Klage gegen den Vormund, welcher kein Inventar errichtet, wird der Mündel zum Schätzungseide zugelassen. Auch trifft den säumigen Vormund noch die Strafe der Infamie [238]). Ausnahmsweise wird dem Vormund das förmliche Inventar erlassen, wenn der, von welchem das Vermögen des Mündels herrührt, die Anfertigung desselben ausdrücklich verboten hat [239]); wohl aber schließt ein derartiges Verbot nicht die Anfertigung eines Privatverzeichnisses von Seiten des Vormundes aus. 4) Auf die Verpflichtung, für die Person seines Mündels Sorge zu tragen. Zunächst gehört hierher die Verabreichung von Alimenten an denselben, deren Größe die Obrigkeit auf vorhergehenden Antrag des Vormundes durch Decret festzustellen hat [240]). Bei Feststellung derselben ist zunächst auf das Vermögen des Pupillen zu sehen, dessen Bestand daher der Vormund bei Strafe der höchsten Zinszahlung vom Mehrbetrage zu Protokoll zu geben aufgefordert

---

232) L. 7. §. 4—7. C. 5. 70.

233) Nov. 72. pr. u. c. 8.

234) L. 24. C. de administr. (5. 37.) L. 13. §. 1. C. de in litem iureiur. (5. 53.) L. 1. §. 26. D. de ventre (37. 9.), vergl. mit L. 7. pr. D. 26. 7. L. 57. pr. D. ibid. L. 4. u. 5. C. de in litem iureiurando. (5. 53.) Dieß bestätigt auch die Reichspolizeiordnung von 1577, Tit. XXXII, §. 3.

235) L. 6. pr. Theod. C. de administr. et periculo tut.

236) L. 24. C. 5. 37.

237) L. 7. pr. D. 26. 7. L. 13. §. 1. C. 5. 51.

238) L. 13. §. 1. C. 5. 51. Vgl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 247.

239) L. 13. §. 1. C. 5. 51. Vgl. Marezoll, Bemerkungen, Zweifel und Vermuthungen in v. Löhr's Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, Bd. 4, S. 393—398.

240) L. 3. pr. u. §. 4. D. ubi pupillus educari. (27. 2.) L. 1. u. 2. C. de alimentis pupillo. (5. 50.) L. 38. D. familiae herciscundae. (10. 2.) Dieß gilt auch bei der cura ventris (L. 1. §. 19 u. 20. D. de ventre in poss. [37. 9.], L. 5. pr. D. ibid., L. 1. §. 4. D. de mun. et honor. [50. 4.]), bei der cura ex edicto Carboniano (L. 5. §. 3. D. de Carboniano edicto [37. 10.], L. 6. §. 4 u. 5. D. ibid.), bei der cura furiosi (L. 7. pr. D. 27. 10.)

wird [241]), doch tritt noch die Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse und Bedürfnisse des Pupillen, z. B. auf dessen Alter, Geschlecht, Stand und Bestimmung hinzu [242]), so daß, wenn in einem dieser Gesichtspunkte Aenderungen eintreten, auf eine Vermehrung oder Verminderung des Kostenansatzes angetragen werden muß [243]). Ueberhaupt ist es dem Richter zur Pflicht gemacht, bei der Bestimmung der Größe der Alimente auf der einen Seite allen Luxus zu vermeiden [244]), und auf der anderen die höchstmöglichste Sparsamkeit nicht allein im Auge zu haben [245]). Verweigert der Vormund die Alimentation unter dem Vorwande mangelnder Geldmittel oder anderer nichtigen Thatsachen, so muß er von den Mündelgeldern, welche er in den Händen hat, die höchstmöglichsten Zinsen zahlen, und er kann entweder bestraft und abgesetzt werden [246]), oder im Fall seiner Abwesenheit wird ihm ein Specialcurator zur Herbeischaffung der Alimente beigeordnet [247]). Hat der Vormund die Alimente nach eigenem Gutdünken bestimmt, so hat er auch die Gefahr derselben zu tragen, und muß abwarten, ob sie im künftigen iudicium tutelae passiren werden [248]). Woher der Vormund die Mittel zur Bestreitung der persönlichen Bedürfnisse des Pfleglings zu nehmen habe, war ursprünglich seinem eigenen Ermessen überlassen. Darüber verfügten schon die Kaiser Arcadius und Honorius in einer Constitution, welche indeß in der Form, in welcher sie im Justinianischen Codex eingetragen ist, nichts hierher Gehöriges enthält [249]), und in den Justinianischen Rechtsquellen finden sich darüber folgende Vorschriften: zunächst sollen die Revenüen des Mündelvermögens zu diesem Zwecke verwendet werden, und wenn diese nicht zureichen, kann auch das Capital angegriffen und aufgezehrt werden [250]), ja der Vormund kann sogar mehr aufwenden, als der Pflegling im Vermögen hat, sobald das Beste desselben eine Anleihe zu diesem Zwecke rechtfertigt, und was der Vormund auf diese Weise aufwendete, kann er im contrarium iudicium tutelae zurückfordern, da er nie verpflichtet ist, aus eigenen Mitteln seinen Pflegling zu erhalten. Hat aber der Mündel gar keine Hilfsquellen, so wird er in einer öffentlichen Armenanstalt erzogen, oder es wird ihm wenigstens Unterstützung aus der Armencasse des Ortes gereicht, was natürlich der Vormund bei

---

241) L. 3. §. 1 u. 4. D. 27. 2. L. 2. C. 5. 50.
242) L. 3. §. 2 u. 5. D. 27. 2.
243) L. 3. §. 10. D. 27. 2.
244) L. 3. §. 3. D. 27. 2.
245) L. 3. §. 1. D. 27. 2. L. 12. §. 3. D. de adm. (26. 7.) L. 3. pr. D. de contraria tutelae act. (27. 4.)
246) L. 7. §. 8. D. 26. 7. L. 3. §. 4. D. 27. 2.
247) L. 3. §. 14 u. 15. D. de suspectis tut. et curat. (27. 10.), vergl. mit L. 6. D. 27. 2. L. 7. §. 3. D. 27. 10.
248) L. 3. C. de administratione tutorum (5. 37.), vergl. mit L. 2. pr. D. 27. 2. L. 2. C. 5. 50. Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 257—260.
249) L. 6. §. 1. Th. C. de admin., vergl. mit L. 24. C. de administr. (5. 37.)
250) Nov. 72. cap. 6—8.

der Obrigkeit stets zu beantragen hat. Außer der Alimentation des Mündels hat der Vormund auch noch für dessen körperliche Gesundheit zu sorgen, namentlich für die Heilung des unter seiner cura stehenden Wahn- und Blödsinnigen Sorge zu tragen [251]); ferner hat er in der cura über Abwesende die Loskaufung des Gefangenen aus der Gefangenschaft zu betreiben [252]), und bei der Verheurathung seiner Mündel für die Ausstattung derselben [253]) und die Bestreitung der Hochzeit [254]), ingleichen für die Bestellung der propter nuptias donatio [255]) Sorge zu tragen. 5) Auf die Verpflichtung, gewisse Handlungen und Geschäfte in Bezug auf seinen Mündel zu unterlassen. Diese Handlungen sind theils solche, welche zum Nachtheil der Ansprüche des Pfleglings auf Ablegung der Schlußrechnung und Ausantwortung des Vermögens vorgenommen werden, theils solche, welche einer redlichen und gewissenhaften Administration zuwiderlaufen. Zur erstgenannten Classe von Handlungen gehört a) das Verbot, Grundstücke, welche dem Kaiser angehören, in Pacht zu nehmen, welches sich aus einer Constitution von Severus und Caracalla herschreibt und durch Interpretation auch auf Grundstücke, welche dem Fiscus gehören, und auf öffentliche Abgaben ausgedehnt worden ist [256]). Im Uebertretungsfalle soll die Strafe des falsum auf die Vormünder anwendbar sein, wenn sie nicht dem Fiscus und ihrem Mündel zugleich Genüge leisten und alsdann kaiserliche Dispensation nachsuchen. Doch tritt die Strafe nicht ein, wenn die Vormünder nur durch eine Erbschaftserwerbung in den Contract mit dem Fiscus treten [257]), oder der Pflegling bereits todt, und der Vormund nur noch den Erben desselben Rechnung abzulegen schuldig ist [258]), oder endlich die Vormundschaft erst angetragen wurde, nachdem der Pachtcontract bereits geschlossen worden. b) Das Verbot, den Mündel vor der Beendigung der Vormundschaft zu arrogiren [259]). Nach Ablauf der Minorennität und der Restitutionszeit ist dieß Geschäft indeß unbedenklich zuzulassen, auch hat Titus Antoninus rescribirt, daß dem Tutor gestattet werden könne, seinen Stiefsohn zu arrogiren, weil hier die Nähe der Affinität jeden Verdacht entfernt [260]); und dieß ist wohl unbedenklich auch auf den Curator auszudehnen, da bei ihm noch weniger Gründe vorliegen die Arrogation zu untersagen, als bei dem Pupillentutor. c) Das Verbot der Ehe zwischen der Mündel (pupilla und adulta) und dem Vormund, ohne Unterschied, ob er Tutor oder Curator ist [261]).

---

251) L. 7. pr. D. 27. 10.
252) Nov. 115. c. 3. §. 13. c. 4. §. 7.
253) L. 52. D. 26. 7. L. 60. u. 61. pr. D. de iure dotium. (23. 3.) L. 9. C. 5. 37. L. 28. C. de iure dotium. (5. 12.) Vgl. Fr. Vat. §. 111.
254) L. 52. D. 26. 7.
255) L. 28. C. 5. 12.
256) L. 49. pr. u. §. 1. D. locati. (19. 2.) L. un. C. ne tutor vel curator vectigalia conducat. (5. 41.)
257) L. 1. §. 12. D. de lege Cornelia de falsis. (48. 10.)
258) L. 1. §. 11. D. 48. 10.
259) L. 17. pr. D. de adopt. (1. 17.)
260) L. 32. §. 1. D. 1. 17.
261) L. 59. u. 60. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.) Vom Curator spre-

Dieß Eheverbot ſchreibt ſich aus einer oratio der Kaiſer Marcus Aurelius und Commodus her, welche durch ein nachfolgendes SC. beſtätigt worden iſt[262]); hat ſeinen Grund in der Abſicht, zu verhüten, daß der Vormund ſeine eheherrliche Gewalt mißbrauche, um ſich der Schlußrechnung und der Herausgabe des Mündelvermögens zu entziehen[263]); erſtreckt ſich nicht allein auf den Vormund, ſondern auch auf die männlichen Deſcendenten des Vormundes[264]), wenn ſchon nicht auf die Tochter deſſelben[265]), ohne Unterſchied, ob dieſelben noch in der väterlichen Gewalt ſtehen oder nicht, und iſt wegen der Gleichheit des Grundes auch auf den Vater des Vormundes, welcher denſelben noch in der Gewalt hat, ferner auf die Brüder des Vormundes, wenn dieſe mit demſelben noch in der Gewalt des nämlichen Vaters ſtehen, und ſogar auf die Freigelaſſenen des Vormundes durch Interpretation ausgedehnt worden[266]). Auch das Verlöbniß iſt unter den genannten Perſonen unterſagt[267]), und dieſes iſt, gleichwie die Ehe, welche gegen dieß Verbot eingegangen wird, als nichtig zu betrachten[268]). Als Folge des Verbotes iſt es zu betrachten, wenn die Kinder aus einer ſolchen Verbindung für uneheliche gelten[269]), wenn durch eine ſolche Heurath keine Affinität begründet wird[270]), wenn Schenkungen des Vormundes an die Pupille nicht einmal als sponsalitia largitas betrachtet, ſondern caduc werden[271]), und wenn endlich das für die Mündel beſtellte Heurathsgut nicht als ſolches betrachtet wird, ſondern mit der condictio ob causam datorum zurückgefordert werden kann[272]). Außerdem wird der Vormund, welcher das Verbot verletzt, ſo behandelt, als wenn er eingeſtanden hätte, in ſeiner Adminiſtration betrogen zu haben, und als ob er dieſen Betrug nur durch die Eingehung der Ehe habe verdecken wollen[273]); deshalb wird er infam, und dieſe Infamie erſtreckt ſich auch auf ſeinen Sohn, wenn er mit dieſem die Mündel verheurathet hat[274]), und es trifft ihn, den Vormund, extra ordinem eine Strafe, welche bis zur Relegation geſteigert werden kann[275]). Die Dauer dieſes

---

chen namentlich L. 17. C. si tutor vel curator falsis allegat. (5. 62.) L. 67. §. 4 u. 5. D. 23. 2. L. 7. C. de interdicto matr. (5. 6.)

262) L. 59. D. 23. 2. L. 67. §. 3 u. 4. D. ibid. L. 17. C. 5. 62.

263) L. 63. u. 64. §. 1. L. 67. §. 1 u. 3. D. 23. 2. L. 7. C. de interdicto matrim. inter pupill. (5. 6.)

264) L. 59. D. 23. 2. L. 60. §. 7. L. 66. pr. L. 67. pr. D. ibid.

265) L. 64. §. 2. D. 23. 2. L. 5. C. 5. 6.

266) L. 67. §. 2. D. 23. 2. L. 37. u. 66. §. 1. D. ibid.

267) L. 60. §. 5. D. 23. 2. L. 32. §. 28. D. de donat. inter virum et ux. (24. 1.)

268) L. 66. pr. D. 23. 2. L. 7. C. 5. 6. L. 32. §. 28. D. 24. 1. L. 17. pr. D. rerum amotarum. (25. 2.) L. 7. pr. D. ad legem Iuliam de adulteriis coercendis. (48. 10.) Vgl. L. 8. C. 5. 6.

269) L. 6. C. 5. 6.

270) Fragm. Vat. §. 109.

271) L. 32. §. 28. D. 24. 1.

272) L. 7. u. 8. C. 5. 6. L. 63. D. 23. 2.

273) L. 7. C. 5. 6. L. 67. §. 1. D. 23. 2.

274) L. 7. C. 5. 6. L. 66. pr. D. 23. 2.

275) L. 66. pr. D. 23. 2. L. 64. pr. D. ibid.

Verbotes erstreckt sich nicht allein auf die der Vormundschaft, sondern auch bis zum Ablauf der dem Mündel zustehenden Restitutionsfrist [276]), außer wenn der Vormund vorher seinem Nachfolger im Amte Rechnung abgelegt und auf diesen das periculum curae übertragen hat [277]), oder wenn die Mündel bereits von ihrem Vater mit dem Vormund verlobt oder demselben bestimmt oder die Ehe mit ihr im väterlichen Testamente zur Bedingung gemacht worden ist [278]), oder wenn der Großvater, welcher die Vormundschaft über die Enkelin seines emancipirten Sohnes führt, dieselbe an einen Enkel vom anderen Sohne verheurathet [279]), oder wenn der Landesherr von diesem Ehehindernisse dispensirt [280]). Auch läßt man nach heutigem Rechte eine Ausnahme von der Regel zu, wenn die Ehe zwischen dem Vormund und der Mündel unter Einwilligung der Obrigkeit und der Mitvormünder vollzogen wird. — Was aber die zweite oben genannte Classe von Handlungen anbetrifft, deren Vornahme dem Curator untersagt ist, so gehören hierher folgende in den Justinianischen Rechtsquellen speciell enthaltene Verbote: aa) der Vormund darf weder in eigener Person noch durch dazwischengeschobene Unterhändler von seinem Mündel irgend etwas kaufen [281]), sonst ist der Kauf nichtig, wenn er auch unter Auctorität eines Mitvormundes und unter Interposition eines obrigkeitlichen Decretes abgeschlossen worden ist. Vorausgesetzt indeß, daß der Vormund ein wirklich administrirender Vormund war [282]), und daß der Kauf mala fide und heimlich abgeschlossen worden ist [283]). Dieß Verbot ist indeß nicht speciell für den Fall der Vormundschaft eingeführt, sondern nur eine Folge des allgemeinen Principes, daß kein Verwalter fremder Sachen etwas von diesen kaufen dürfe, ohne Unterschied, ob dieß in eigener Person, oder durch Unterhändler geschieht [284]). bb) Der Vormund darf sich keine Forderungen gegen seinen Mündel von Anderen cediren lassen, weil sie sonst leicht zu Unredlichkeiten gegen die Pflegebefohlenen verleitet werden könnten [285]). Thut er es dennoch, so verliert zwar der Cedent seine Forderung, aber der Vormund erwirbt sie nicht, vielmehr wird der Pflegbefohlene ganz von der Schuld frei. Daß dieß Verbot auch vom

---

276) L. 66. pr. D. 23. 2. L. 7. pr. D. ad legem Iuliam de adulteriis coërcendis. (48. 5.) L. 6. C. 5. 6. L. 28. §. 3. D. de liberis ac posthumis. (28. 2.)

277) L. 62. §. 2. D. 23. 2.

278) L. 7. pr. D. 48. 5. L. 36. u. 66. pr. D. 23. 2. L. 69. §. 5. D. 23. 3.

279) L. 67. §. 1. D. 23. 2.

280) L. 7. C. 5. 6.

281) L. 5. §. 2. 3. 6. D. de auctoritate et consensu tutorum et curatorum (28. 8.), vergl. mit L. 9. D. de rebus eorum, qui sub. (27. 9.) L. 5. C. de contrah. empt. vend. (4. 38.)

282) L. 6. D. 26. 8.

283) L. 5. C. de contrahenda emptione. (4. 38.) L. 2. §. 8. D. pro emptore. (41. 4.) Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 473.

284) L. 46. D. de contrah. empt. (18. 1.), vergl. mit L. 2. §. 1. D. de administr. rer. (50. 8.)

285) Nov. 72. c. 5. Vergl. Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte, §. 32, S. 389—394. (ed. 3.)

gewesenen Curator in Beziehung auf den ehemaligen Pflegling gelte, scheint deßhalb angenommen werden zu müssen, weil ja sonst der Vormund schon während der Dauer der Vormundschaft leicht die Cession vorbereiten und erst nach ihrer Beendigung mit der cedirten Forderung hervortreten könnte. cc) Der Vormund darf, wie jeder andere Verwalter fremder Gelder [286]), die Mündelgelder nicht zu seinen Privatzwecken benutzen, sonst begeht er ein Cassenvergehen, welches durch Constitutionen verschiedener Kaiser verpönt ist [287]), und im Zweifel vom Mündel erwiesen werden muß [288]). Zum Thatbestande dieses Vergehens gehören folgende einzelne Merkmale: daß der Vormund zur Zeit des Cassenangriffs noch im Amte gewesen [289]), daß die angegriffenen Gelder Mündelgelder, einerlei ob Capitalien oder Zinsen, gewesen seien, daß der Cassenangriff vom Vormunde eigenmächtig und ohne Vorwissen des Vaters des Mündels oder des Mitvormundes vollbracht [290]), daß dieß heimlich und unredlich geschehen, und dem Pflegling dadurch der Nutzungswerth der fraglichen Summe entzogen worden [291]), und daß endlich der Vormund das Geld in der That zu seinen Privatzwecken, gleichviel auf welche Weise, verwendet habe. Eine solche Verwendung wird aber noch nicht durch den Umstand bewiesen, daß der Vormund Mündelgelder auf den eigenen Namen an Andere ausleiht, jedoch in der Maße, daß die Zinsen des Capitals dem Mündel zu Gute kommen [292]). Die Strafe dieses Vergehens besteht nach dem Pandektenrechte darin, daß der Vormund die höchsten Zinsen von dem verwendeten Mündelgelde zahlt [293]), was den Umständen nach doch wohl nur von den centesimae usurae, und nach den Grundsätzen des späteren Justinianischen Rechtes von semisses usurae verstanden werden kann [294]). 6) Auf die Verpflichtung zur Verwaltung und Ausführung der Vormundschaftsangelegenheiten verbunden mit der Verpflichtung, Rechnung darüber abzulegen und allen Schaden zu ersetzen, welcher durch die eigene Nachlässigkeit dem Pflegbefohlenen zugefügt worden. Weigert sich der Vormund der Verwaltung und Ausführung der Vormundschaftsangelegenheiten sich zu unterziehen, so kann er direct dazu vom Prätor extra ordinem gezwungen werden [295]); als Zwangsmittel dienen zuerst obrigkeitliche Ermahnungen und Verweise [296]), und wenn auch diese fruchtlos sind, Ordnungsstrafen, wie multae dictio und pignoris capio. —

286) L. 38. D. de negotiis gestis. (3. 5.) L. 19. §. 4. D. ibid. L. 10. §. 3. D. mandati. (17. 1.)
287) L. 7. §. 4. D. 26. 7. L. 38. D. 3. 5.
288) L. 7. §. 4. D. 26. 7.
289) L. 46. §. 3. D. 26. 7.
290) L. 7. §. 5. D. 26. 7. L. 54. D. ibid. L. 38. D. 3. 5.
291) L. 3. §. 3. D. de contr. tut. (27. 4.), vergl. mit L. 9. §. 7. D. 26. 7.
292) L. 46. §. 2. D. 26. 7.
293) L. 7. §. 4. D. 26. 7. L. 38. D. 3. 5.
294) Vergl. die Stellen in voriger Note, und L. 1. C. de usuris pupillaribus (5. 56.) mit Basilic. ed. Fabr. tom. V. p. 188.
295) L. 1. pr. D. 26. 7.
296) L. 2. D. de feriis. (2. 12.)

Was die Rechnungsablegung anbetrifft, so fand diese nach römischem Rechte nur einmal und zwar nach beendigter Vormundschaft statt, wenn schon während der Dauer derselben die Mitvormünder die Inspection der Rechnungen verlangen konnten. Auch wurde diese Vormundschaftsrechnung nicht sowohl an die Obrigkeit, als vielmehr an den Mündel selbst oder an dessen Vertreter abgelegt, und, wenn sie nicht oder nicht in der gehörigen Maße geschah, mit den gewöhnlichen Vormundschaftsklagen erzwungen[297]). Allein im kanonischen[298]), im älteren teutschen Rechte[299]) und in den teutschen Reichsgesetzen[300]) hat sich das Institut der wiederholten Vormundschaftsrechnung ausgebildet, welches auch in die neuen Particulargesetzgebungen übertragen worden ist. Nach den darin enthaltenen Bestimmungen liegt diese Verpflichtung einem jeden Vormunde ob, wenn er nicht durch Vertrag oder Testament davon befreit ist, und die Ablegung erfolgt am Schlusse jedes Jahres, dergestalt, daß bei der ersten Rechnung das Inventar, bei den folgenden die vorhergehende Rechnung die Grundlage bildet. Die Rechnung selbst wird an die Obrigkeit abgelegt, welche sie nach den Grundsätzen des Rechnungsprozesses zu prüfen und zu justificiren hat. Mehrere Vormünder, welche die Vormundschaft ungetheilt verwalten, legen gemeinschaftlich Rechnung ab, und wenn das Vermögen in verschiedenen Regionen oder Geschäftszweigen vertheilt ist, hat der eine Vormund eben so viel verschiedene Rechnungen abzulegen, jedoch den Ueberschuß der besonderen Rechnungen in der Hauptrechnung aufzuführen.

Um das Detail der Regeln kennen zu lernen, nach welchen diese Verwaltung geführt werden muß, wird es nothwendig sein, nach Anleitung der römischen Rechtsquellen[301]) zu unterscheiden: zwischen der Curation mit vollem Administrationsrechte, wie dieß bei der Curation über einen Wahnsinnigen, Verschwender oder einen Pupillen oder Minderjährigen der Fall ist, und der Curation mit beschränktem Administrationsrechte. Im ersten Falle vertritt der gerirende Vormund die Stelle des Herrn[302]), und schaltet und waltet wie dieser im Hause. Daher sind die Sclaven seinen Befehlen Gehorsam schuldig, Institoren und Magistri kann er einsetzen und absetzen, selbst den Sclaven und Söhnen des Wahnsinnigen die freie Administration über ihr Peculium gestatten und wieder entziehen u. s. w.; doch ist diese ausgedehnte Macht demselben nur zum Zweck einer redlichen und verständigen Haushaltung gestattet[303]); daher sind nur solche Handlungen der Vormünder giltig, welche sie bona fide vorgenom-

297) L. 9. §. 4. D. de tut. et rat. distrah. (27. 3.) L. 14. C. de administratione tutorum. (5. 37.)

298) Clem. 2. de religiosis domibus. (3. 11.)

299) Sächsisches Landrecht I. 23. §. 3.

300) R.-P.-O. v. 1548, Tit. 31. §. 3; von 1577, Tit. 32, §. 3.

301) L. 48. D. 26. 7.

302) L. 56. §. 4. D. 47. 2. L. 157. pr. D. 50. 17., vergl. mit L. 27. D. 26. 7. Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 352.

303) L. 7. §. 3. D. pro emtore. (41. 4.) L. 27. D. 26. 7. L. 11. D. 27. 10.

men haben, alle anderen sind ungiltig [304]). Auch ist der Vormund zur Leistung des Schadenersatzes verpflichtet, wenn er die Geschäfte des Mündels nicht mit derselben Treue, Gewissenhaftigkeit und Sorgfalt gerirt, welche er in seinen eigenen Angelegenheiten anwendet. Im Falle der beschränkten Administrationsrechte hat der Curator nur für die Aufbewahrung und Erhaltung der Güter Sorge zu tragen, z. B. bei der Curation über einen Abwesenden oder einen Gefangenen [305]), über eine liegende Erbschaft [306]) und über Ungeborene [307]). Nur im Falle des Edictum Carbonianum hat der Curator, weil sein Amt auf längere Zeit bestimmt ist, alle Angelegenheiten des Vermögens zu besorgen, die Klagen anzustellen, die Defension zu übernehmen, und endlich Alles dem Sieger zu restituiren [308]). Als Regeln, nach welchen der Curator die volle Administration des Vermögens zu führen hat, werden in den römischen Rechtsquellen folgende angegeben: 1) Er muß sich bei der Veräußerung von Vermögensstücken des Mündels nur auf solche Veräußerungsgründe beschränken, welche der Mündel in der freien Verwaltung seines Vermögens selbst hätte anerkennen müssen [309]). Daher ist er nicht allein zu den Ausgaben für die Erziehung und den Unterhalt seines Mündels [310]), für den Haushalt und die Vermögensverwaltung desselben [311]) berechtigt, sondern er muß auch die Abgaben und Schulden abbezahlen [312]), freilich aber auch dabei Acht geben, daß die Schuld begründet sei [313]). Schenkungen und andere Liberalitäten muß er gänzlich vermeiden [314]); auch kann er kein, seinem Pflegbefohlenen angehöriges Vermögensstück zur res divini iuris machen [315]), keinen Sclaven des Mündels freilassen, außer wenn ein gerechter Grund zur Freilassung vorliegt [316]); endlich weder durch den Erlaßvertrag, noch durch Transaction Klagen erlassen, welche seinem Mündel zustehen [317]). Doch darf der Vormund der Mutter und den übrigen

---

304) L. 12. §. 1. D. 26. 7.

305) L. 6. §. 4. D. 26. 1. L. 1. §. 4. D. de mun. (50. 4.)

306) L. 1. §. 2. D. de curat. bon. (42. 7.) L. 23. §. 3. D. de heredibus instit. (28. 5.) L. 1. §. 4. D. 50. 4.

307) L. 48. D. 26. 7. L. 1. §. 4. D. 50. 4. L. 1. §. 21. D. 37. 9. L. 5. §. 1. D. ibid.

308) L. 1. §. 4. D. 50. 4. L. 5. §. 1 u. 5. D. de edicto Carboniano. (37. 10.)

309) L. 32. §. 6. D. 26. 7.

310) L. 1. §. 8. D. 27. 3. L. 38. D. familiae herciscundae. (10. 2.) L. 3. §. 4. D. 26. 7.

311) L. 1. §. 7–9. D. 27. 3. L. 9. §. 6. D. 26. 7. L. 12. §. 2. D. ibid. L. 32. §. 6. D. 26. 7.

312) L. 23. C. 5. 37. L. 32. §. 6. D. 26. 7.

313) L. 13. §. 2. D. 26. 7. Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 377.

314) L. 12. §. 3. D. 26. 7. L. 1. §. 2. D. 27. 3. L. 22. D. 26. 7. L. 17. D. 27. 10.

315) L. 12. D. 27. 10.

316) L. 17. D. 27. 10. L. 22. D. qui et a quibus manumissi. (40. 9.) Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 379.

317) L. 37. D. de pactis. (2. 14.) L. 46. §. 7. D. 26. 7. L. 22. C. de pactis. (2. 3.)

Cognaten seines Pflegbefohlenen die ordentlichen, jährlichen Geburtstags- und Festgeschenke übersenden[318]); den Kindern und der vollbürtigen Schwester des Mündels, nicht aber entfernteren Verwandten ein Heurathsgut constituiren[319]), und den Kindern, der Mutter oder Schwester, dem Patron des Mündels und den in seinem Dienste beschäftigten Freigelassenen, die sich nicht anders ernähren können, Alimente verabreichen[320]). 2) Ungeachtet der Vormund, welcher administrirt, das volle Veräußerungsrecht an den Sachen seines Mündels[321]) und in der Regel auch die Wahl hat, ob er dieß Recht in der Form des Consenses oder der Gestion geltend machen will[322]), so ist ihm doch die Veräußerung gewisser Sachen durch die oratio der Kaiser Severus und Antoninus und das auf ihre Veranlassung gemachte SC. ausdrücklich untersagt worden. Zwar sprechen die Kaiser in subjectiver Hinsicht zunächst nur von den Vormündern der Pupillen[323]), und in objectiver von praedia rustica und suburbana[324]). Indessen ist der Inhalt dieses SC. schon durch die Interpretation der römischen Juristen in subjectiver Rücksicht auch auf die Curatoren großjähriger Personen[325]), und durch kaiserliche Constitutionen in objectiver auf die Veräußerung der praedia urbana und das werthvollere bewegliche Besitzthum des Pfleglings, z. B. auf goldene und silberne Gefäße, Gemmen, Garderobe u. s. w. ausgedehnt worden[326]). Auch erstreckt sich das Veräußerungsverbot des SC. nicht allein auf die Uebertragung der vollen Proprietät an Andere, sondern auch auf die Bestellung des Ususfructus, der Emphyteuse, der Superficies und des Pfandrechtes an den angegebenen Sachen[327]). Solche verbotene Veräußerungen können indeß unter folgenden Voraussetzungen giltig vorgenommen werden, aa) wenn ein gerechter Grund zur Veräußerung vorliegt[328]). Als solchen nennt das SC. nur, wenn so viel Schulden vorhanden sind, daß sie nicht aus anderen Sachen des Mündels übertragen werden können[329]), und spätere kaiserliche Constitutionen gestatten den Verkauf des Mobiliarvermögens auch dann, wenn der Minderjährige zu seinem Unterhalte keine hinlänglichen Revenuen hat, um das Kaufgeld entweder auf einträgliche Grundstücke zu verwenden oder zinsentragend zu machen[330]).

---

318) L. 12. §. 3. D. 26. 7. L. 13. §. 2. D. ibid. L. 1. §. 5. D. 27. 3.
319) L. 12. §. 3. D. 26. 7. Vgl. Fr. Vat. §. 305.
320) L. 12. §. 3. D. 26. 7. L. 13. §. 2. D. ibid. L. 1. §. 2. 4. 6. 7. 8. D. 27. 3.
321) In Betreff des curator furiosi ist dieß schon durch das Zwölftafelgesetz anerkannt. Caius inst. II. §. 64. Vergl. L. 16. C. 5. 31. und Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 385.
322) L. 47. pr. u. §. 1. D. 4. 4., vergl. mit Caius inst. II. 47.
323) L. 1. §. 2. D. 27. 9., vergl. mit L. 1. pr. D. ibid.
324) L. 1. §. 2. D. 27. 9.
325) L. 8. §. 1. D. 27. 9.
326) L. 22. C. 5. 37.
327) Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 401—411.
328) L. 6. u. 12. C. 5. 71.
329) L. 1. §. 2. D. 27. 9. L. 5. §. 9. D. ibid. L. 12. C. 5. 71.
330) L. 24. C. 5. 37. Nov. 72. cap. 7 u. 8.

bb) Wenn die competente Obrigkeit einwilligt. Das Daſein eines ſolchen Veräußerungsgrundes hat die competente Obrigkeit in der Form der inquisitio und causae probatio zu unterſuchen [331]). Das Recht zur Cognition legte die Oration ſelbſt nur dem praetor urbanus bei [332]), die Interpretation dehnte es indeß ſehr bald auf alle Provinzialſtatthalter aus [333]), und in einer Conſtitution Conſtantins wird auch der in Conſtantinopel reſidirende Praetor Constantinianus genannt [334]). Neben dieſen Behörden wird auch der Princeps erwähnt [335]). Die Competenz der Behörden richtet ſich nach dem Orte, wo der Vormund beſtellt worden [336]) und der Richter der belegenen Sache erſcheint mithin nur dann competent, wenn er ſelbſt den Vormund beſtellt hat [337]), obgleich nach der teutſchen Praxis auch dieſer bei der Veräußerung von Grundſtücken befragt werden muß. Der Gegenſtand, auf welchen die Obrigkeit bei dieſer Cognition ihr Augenmerk zu richten hat, iſt nicht allein der geſetzliche Grund der Veräußerung ſelbſt [338]), ſondern auch der Gegenſtand und die Art und Weiſe der Veräußerung. Der Gegenſtand: inwiefern etwa andere Grundſtücke ſchlechter und entbehrlicher ſind, als das vorgeſchlagene [339]); die Art und Weiſe der Veräußerung: inwiefern vielleicht die bloße Aufnahme eines Darlehns gegen Verpfändung der Sache ausreicht, und die Nothwendigkeit des Verkaufes ausſchließt. cc) Die competente Obrigkeit muß nach dem Schluſſe der Unterſuchung die Veräußerung durch ein ordentliches Urtheil, welches in die Form des Decretes gekleidet wird, für zuläſſig erklären [340]). Der Zeit nach muß dieß Decret der Veräußerung vorangehen [341]) und zugleich die Art der Veräußerung und, inwieweit dieſelbe erlaubt ſei, genau beſtimmen [342]). dd) Die Veräußerung ſelbſt muß durch die Vormünder vollſtreckt werden. Iſt dieſe Form bei der Veräußerung der oben genannten Stücke nicht beobachtet worden, ſo iſt der Act der Veräußerung nichtig, und dem Mündel ſteht es frei, die veräußerte Sache von jedem dritten Beſitzer zu vindiciren [343]), und es bedarf zu dieſem Zwecke nicht einmal der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand [344]). Auch iſt der Vindicant im Beweiſe der Klage inſofern bevorzugt, als der Beklagte condemnirt wird, wenn er nicht darzuthun vermag, daß er oder ſein Vorgänger die fragliche Sache nach vorgängigem Decrete der Obrigkeit von dem Mündel unter Beitritt ſeines Vormundes

---

331) L. 18. C. 5. 71. L. 22. C. 5. 37.
332) L. 1. §. 2. D. 27. 9.
333) L. 1. 6. 9. 10. 12. 16. 17. C. 5. 71.
334) L. 18. C. 5. 71.
335) L. 2. C. quando decreto opus. (5. 72.)
336) L. 5. §. 12. D. 27. 9. L. 61. §. 1. D. de iure dotium. (23. 3.)
337) L. 16. C. 5. 71.
338) L. 5. §. 9. D. 27. 9. L. 6. C. 5. 71.
339) L. 5. §. 10. D. 27. 9.
340) L. 6. u. 18. C. 5. 71. L. 22. C. 5. 37. L. 7. §. 4. D. 27. 9.
341) L. 7. §. 4. D. 27. 9. L. 1. §. 2. L. 2. u. 5. §. 10. D. ibid.
342) L. 7. §. 4. D. 27. 9.
343) L. 3. 4. 8. 10. 11. 16. C. 5. 71.
344) L. 2. C. 5. 71.

gekauft habe[345]). Gibt aber der Kläger die Existenz des Decretes zu, so muß er die Giltigkeit desselben aus triftigen Gründen anfechten, um eine Condemnation zu erwirken. Dieß Anführen hat dann die Natur einer Replik, und muß deßhalb vom Kläger erwiesen werden[346]). Der Klage stehen indessen mehrere Einreden entgegen. Dahin gehört α) die Einrede des widerrechtlichen Gewinnes (exceptio doli mali). Sie steht dem Kläger stets dann entgegen, wenn er sich auf Kosten und zum Schaden des Beklagten bereichern will[347]). Dieß ist namentlich dann der Fall, wenn von dem Kaufgelde Schulden des Pflegbefohlenen abbezahlt worden sind[348]) (und dann werden auch die Zinsen dieser Schulden, von welchen der Mündel durch die Abtragung der Hauptschuld sich frei gemacht hat, mit eingerechnet[349])); wenn der Vormund das unter Verpfändung des Grundstückes aufgenommene Darlehn dazu verwendet hat, um einen anderen Pfandgläubiger damit abzufinden[350]), oder wenn er aus einem Vergleiche mit dem Beklagten etwas für Ueberlassung des Grundstückes empfangen und dieß in das Vermögen des Mündels verwendet[351]), oder wenn der Beklagte Meliorationen gemacht hat, und der Kläger, ohne diese zu ersetzen, die Sache vindiciren will[352]). Den Grund dieser Einrede muß natürlich der Beklagte beweisen, und nur insoweit dieser Beweis wirklich erbracht wird, kann Erstattung verlangt werden[353]). β) Die Einrede der Genehmhaltung (exceptio ratihabitionis). Sie ist in der Regel nur dann giltig, wenn sie nach erreichter Großjährigkeit erfolgte[354]), und nur, wenn der Minderjährige unter Voraussetzung des eidesfähigen Alters einen körperlichen Eid leistet, die Veräußerung nicht anfechten zu wollen, wird auch diese Entsagung für giltig erachtet[355]). γ) Die Einrede der Verjährung (exceptio praescriptionis). Im vorjustinianischen Rechte wandte man auf diesen Fall die gewöhnliche Usucapion und longi temporis praescriptio an[356]), und namentlich Constantin traf in Betreff der gegen die Minderjährigen laufenden Verjährung besondere Maßregeln[357]). Das heutzutage giltige Recht ist aus einer

---

345) L. 13. §. 2. D. 6. 2. Vergl. Löhr, im Magazin für Rechtswissenschaft, Bd. 3, S. 514—517.

346) L. 1. §. 2. D. 27. 9. L. 5. §. 15. D. ibid. L. 5. C. 5. 71. L. 2. C. si quis ignorans. (5. 71.) Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 429.

347) L. 13. §. 1. D. 27. 9. L. 9. C. de usucap. pro emptore. (7. 26.)

348) L. 13. §. 1. D. 27. 9. L. 14. C. 5. 71.

349) L. 16. C. 5. 71.

350) L. 7. §. 5. D. 27. 9.

351) L. 4. C. 5. 71.

352) L. 16. C. 5. 71.

353) L. 10. C. 5. 71.

354) L. 1. u. 2. C. 5. 71. L. 6. C. arbitrium tutelae. (5. 51.) L. 1. u. 2. C. si maior factus ratum habuerit. (5. 74.)

355) Auth. Sacramenta puberum ad L. 1. C. si adversus venditionem. (2. 28.) Vergl. Savigny, Geschichte des römischen Rechtes im Mittelalter, Bd. 4, S. 162—171.

356) L. 2. C. 5. 74.

357) L. 1. Th. C. de praediis min. sine decreto non alien. (3. 21.)

Constitution Justinian's [358]) zu entnehmen, welche sich in mancher Beziehung dem älteren Rechte anschließt. Zunächst unterscheidet der Kaiser zwei verschiedene Fälle, den des Verkaufes, der donatio propter nuptias, der Verpfändung, kurz des oneroſen Besitztitels, und auf der anderen Seite, den der Schenkung. Im ersten Falle soll ein Minderjähriger die Veräußerung unter dem Vorwande des fehlenden Decretes nur bis zum dreißigsten Jahre anfechten können. Diese Verjährung besteht aus einer fünfjährigen Frist, welche von dem Augenblicke der Vollendung des fünfundzwanzigsten Jahres an zu laufen fängt, nach den Grundsätzen der tempora continua berechnet wird, vom guten oder schlechten Glauben des Besitzers gänzlich unabhängig ist und nicht allein durch die Anstellung der Klage, sondern auch durch die von Justinian eingeführte Protestation unterbrochen werden kann. In Betreff derselben ist es gleichgiltig, ob der Minderjährige bereits venia aetatis erlangt hat, und ob er den Verkauf oder die Verpfändung allein oder unter Beitritt des Curators vornahm. Im anderen Falle, d. h. in dem der Schenkung, tritt die Neuerung Justinian's nicht ein, sondern es soll vielmehr für diesen Fall ganz und gar bei der alten longi temporis praescriptio sein Bewenden haben, ohne Unterschied, ob der Minderjährige venia aetatis erlangt hat oder nicht. Die Erfordernisse der zuletzt genannten Verjährung sind die gewöhnlichen. Der Besitzer der Sache muß also im guten Glauben sein, und, was die Zeit betrifft, unter Anwesenden 10 Jahr, unter Abwesenden 20 Jahr besessen haben. Diese Frist beginnt aber hier natürlich erst nach erreichter Großjährigkeit. Stirbt der Minderjährige während der Verjährung, so dauert die Vindication des Erben nur noch so lange Zeit, als dem Minderjährigen Jahre selbst von den zehn oder zwanzig Jahren bei seinem Tode noch übrig waren. War also der Erbe noch minorenn, so kann er nicht verlangen, daß die Verjährung sistirt werde, bis er selbst zur Großjährigkeit gelangt. Dasselbe tritt ein, wenn er abwesend war u. dergl. Fehlt es an den Erfordernissen dieser Verjährung, so erlischt die Vindication der geschenkten Sachen erst durch die dreißigjährige Verjährung. — Von diesem allgemeinen Veräußerungsverbote sind indeß solche Veräußerungen, welche nicht von dem freien Willen des Vormundes oder des Pfleglings ausgehen, also entweder auf gesetzlicher Nothwendigkeit oder obrigkeitlicher Auctorität beruhen, ausgenommen, und also auch dann giltig, wenn sie ohne Decret verwirklicht worden [359]). Dieß ist der Fall, wenn der Mündel mit einem Anderen zugleich Eigenthümer eines Grundstückes ist, der letztere auf Theilung anträgt [360]), wenn der Gläubiger, dem bereits der Vater des Mündels das Grundstück verpfändet hat, sein Verkaufsrecht daran geltend macht [361]), wenn gesetzliche oder richterliche

358) L. 3. C. 5. 74. Vergl. Marezoll im Archiv für civil. Praxis, Bd. VIII, S. 279 flg.; v. Buchholtz, juristische Abhandlungen, Nr. 19, S. 249—264, und Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 435—444.

359) L. 3. §. 1 u. 2. D. 27. 9.

360) L. 1. §. 2. D. 27. 9., vergl. mit L. 5. §. 16. L. 8. §. 2. L. 16. D. ibid.

361) L. 1. §. 2. D. 27. 9. L. 7. §. 1. D. ibid. L. 1. C. 5. 71.

Pfandrechte entstehen[362]) oder geltend gemacht werden[363]), und wenn der Vormund ein Grundstück seines Mündels vindicirt und statt dessen die litis aestimatio anzunehmen gezwungen ist[364]). Auch freiwillige Veräußerungen sind in folgenden Fällen ohne Decret erlaubt: wenn der Vater des Pflegbefohlenen im letzten Willen es so angeordnet hat, daß ein Grundstück verkauft, verpfändet oder verschenkt werden soll[365]), wenn dieß ein Anderer gethan hat, aus dessen Gütern der Mündel das Grundstück erhalten[366]), und endlich wenn die Vormünder in Prozessen für ihre Mündel eine Prozeßcaution durch Pfänder stellen müssen und zu diesem Zwecke Sachen verpfänden, die unter ihrer Administration stehen. 3) Für die Erhaltung und Bewirthschaftung der Mündelgüter soll der Vormund im Allgemeinen denselben Fleiß aufwenden, welchen er auf seine eigenen Sachen gewendet haben würde. Daher muß er nicht allein die Sclaven des Mündels gehörig beaufsichtigen, sondern auch auf hinreichende Weise beschäftigen und durch ihre operae erwerben lassen; die Gebäude in baulichem Stande erhalten und die nöthigen Reparaturen an ihnen vornehmen lassen[368]); Sachen, welche leicht verderben, sobald wie möglich verkaufen[369]); Grundstücke, welche dem Mündel gehören, verpachten oder selbst bewirthschaften, und Handlungen entweder durch Vorgesetzte oder auf des Mündels Rechnung betreiben. Alles was sich an Gold, Silber und anderen Sachen, welche nicht durch die Zeit verderben oder ihren Werth verlieren, in der Vormundschaft vorfindet, muß der Vormund beim Antritt seines Amtes an die Obrigkeit abliefern, damit dieß Alles dem Mündel nach erreichter Großjährigkeit zurückerstattet werde[370]). Am ausführlichsten sind die Vorschriften des römischen Rechtes über die Behandlung der Forderungen des Mündels durch den Vormund. Für die außenstehenden Capitalien desselben muß er besondere Sorge tragen, zur gehörigen Zeit nicht allein die Zinsen erheben, sondern auch das Capital kündigen und einheben. Sonst trägt er die Gefahr des Capitals und der Zinsen[371]). Schulden, welche der Vormund selbst an den Mündel hat, muß er freiwillig abtragen, und nicht erst abwarten, bis er deßhalb verklagt wird[372]). Ueber die Verwendung

362) L. 1. §. 4 u. 5. D. 27. 9.

363) L. 3. C. si propter publicas pens. (4. 46.), vergl. mit L. 7. §. 1. D. 27. 9. L. 3. §. 1. D. ibid. L. 1. C. 5. 71.

364) L. 3. §. 2. D. 27. 9.

365) L. 3. §. 3. D. 27. 9.

366) L. 3. C. 5. 72.

368) L. 22. C. 5. 37.

369) L. 7. §. 1. D. 26. 7. L. 3. C. 5. 38. L. 22. C. 5. 37.

370) L. 24. C. 5. 37. Nov. 72. c. 6.

371) L. 15. D. 26. 7. L. 57. D. ibid. L. 24. C. 5. 37. Dasselbe gilt auch in Betracht der Forderungen, welche der Mündel an den früheren Vormund aus der Vormundschaft hatte. Denn auch diese muß der neue Vormund von seinem Vorgänger oder dessen Erben sobald, wie möglich eintreiben, sonst haftet er für den Ausfall. L. 2. C. de tutore, qui satis non dedit. (5. 42.) L. 39. §. 15 u. 16. C. D. 26. 7.

372) L. 9. §. 3. D. 26. 7.

der sich vorfindenden Baarschaft, stellte zuerst das prätorische Edict die allgemeine Regel auf, daß, wenn nach Abzug der Schulden und Bedürfnisse des Pfleglings eine hinlängliche Summe übrig bliebe, diese in einem Tempel niedergelegt werden solle, um bei günstiger Gelegenheit ein Grundstück dafür zu kaufen [373]), und wenn der Vormund solche Grundstücke aus dem deponirten Gelde nicht erkauft, wird er nicht allein vom Prätor dazu gezwungen, sondern er muß für seine Zögerung auch noch Zinsen entrichten [374]). Nur wenn es an hinreichendem Gelde fehlt, oder keine Gelegenheit vorhanden ist, passende Güter zu erwerben, ist der Vormund verpflichtet, die Mündelgelder verzinslich auszuthun. Zwar gebot eine verloren gegangene Constitution das ganze Vermögen des Mündels zu versilbern und zinsbar zu machen, allein Constantin [375]) hat diese Versilberung wieder verboten, mit Ausnahme ganz entbehrlicher und schlechter Sachen, und im Justinianischen Codex ist durch eine interpolirte Constitution der Kaiser Arcadius und Honorius die Regel ausgesprochen worden, daß nur bewegliche Sachen des Mündels versilbert und Grundstücken aus ihrem Erlöse erkauft, und erst in Ermangelung günstiger Gelegenheit das Geld auf Zinsen ausgethan werden soll [376]). Endlich stellte Justinian [377]), um die Gefahr, welche gewissenhafte Vormünder von der Uebernahme der Vormundschaft abhalte, aufzuheben, die allgemeine Regel auf, daß es ganz dem freien Willen des Vormundes überlassen sein sollte, ob er die Gelder des Mündels verzinslich ausleihen oder sicher deponiren will; freilich zunächst nur für den Fall, wenn der Mündel Immobilien hat, von deren Ertrag er leben kann. Und wenn das Vermögen desselben in Mobilien bestand, so wurde der Vormund angewiesen, so viel davon entweder auf Zinsen zu legen, oder auf den Ankauf einträglicher, möglichst abgabenfreier Grundstücke zu verwenden, als für den Haushalt des Minderjährigen nothwendig ist, das Uebrige aber gleichwohl in diesem Falle zu deponiren. Doch hat die teutsche Praxis die Verfügungen der angeführten Justinianischen Novelle nicht weiter berücksichtigt, und ist bei den im Justinianischen Codex ausgesprochenen Grundsätzen stehen geblieben [378]). — Bei der Ausleihung der Mündelgelder hat der Vormund nach dem Pandektenrechte die Gefahr der Capitalien sammt der der Zinsen zu tragen, und diese Gefahr geht auf seinen Nachfolger im Amte erst dann über, wenn dieser ihre Sicherheit geprüft und agnoscirt hat, wodurch dann sein Vorgänger von der Gefahr befreit wird [379]); doch erstreckt sich diese Gefahr nach dem Pan-

373) L. 5. pr. D. 26. 7. L. 3. §. 2. L. 7. §. 3. D. ibid.

374) L. 7. §. 3 u. 7. D. 26. 7. Zwar derogirt dem Gesagten Nov. 72. c. 6, doch hat die teutsche Praxis die Vorschrift dieser Novelle nicht beachtet.

375) L. 22. C. 5. 37.

376) L. 24. C. 5. 37. Siehe Rudorff a. a. O. Th 2, S. 365.

377) Nov. 72. c. 6—8. Auth. Novissime C. de adm. (5. 37.)

378) Vergl. Leyser, medit. ad. Pand. Vol. V. spec. CCCXXXIX. 1. 2. Mevius, tom. II. P. VII. decis. 200. Hartm. Pistoris quaest. iur. I. 49. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 30, S. 326—330. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 367.

379) L. 44. D. 26. 7. L. 19. D. 27. 3., vergl. mit L. 35. D. 26. 7. L. 39. §. 14. L. 57. D. ibid. L. 2. C. arbitr. tut. (5. 51.)

dektenrechte nur auf solche Fälle, wo dem Vormund eine culpa zur Last fällt, nicht auf den rein zufälligen Schaden[380]), wenn schon eine Justinianische Novelle auch diesen dem Vormunde imputirt[381]). Bei dem Ausleihen solcher Capitalien muß der Vormund die Rückzahlung des Capitals seinem Mündel oder dessen Sclaven versprechen lassen, und erst, wenn dieß nicht thunlich ist, selbst stipuliren, in welchem Falle dem Mündel eine utilis actio gegeben wird[382]). Versäumt er es aber, die Mündelgelder verzinslich auszuthun, so muß er dem Pfleglinge nicht allein aus eigenen Mitteln den entgangenen Gewinn ersetzen, sondern kann auch noch extra ordinem bestraft werden, wenn er dieß zu thun außer Stand ist[383]). Beides tritt indeß nur dann ein, wenn dem Vormund culpa und mora zur Last fällt, z. B. wenn er sein eigenes Geld unterbrachte, während er gleichzeitig das Mündelgeld ungenutzt liegen ließ[384]). Auch braucht der Vormund Zeit, um günstige Gelegenheit auszukundschaften, und kann daher erst nach Ablauf der hierzu billig zu verstattenden Frist als säumig betrachtet werden[385]). Diese Frist heißt in der Kunstsprache laxamentum temporis oder laxamentum schlechthin, und beträgt in Rücksicht der Gelder, welche der Vormund bei der Uebernahme der Vormundschaft vorfindet, sechs[386]), in Rücksicht der später eingehenden zwei Monate[387]). Die Zinsen dieses Zeitraumes kommen daher in der Klage gegen den Vormund bei der litis aestimatio nicht in Anschlag[388]). 4) Die Erweiterung des Vermögens des Mündels ist dem Vormund zur Pflicht gemacht. Schon nach dem vorjustinianischen Rechte[389]) soll er Schenkungen, welche an seinen Mündel gemacht werden, sofort annehmen, und nach dem Justinianischen Rechte auch Erbschaften, Legate und Fideicommisse, welche dem Mündel zugewendet werden; sonst steht er für den Ausfall[390]). Dagegen wird er aber auch verbindlich, den Schaden aus eigenem Vermögen zu ersetzen, welcher dem Mündel daraus entsteht,

---

380) L. 50. D. 26. 7., vergl. mit L. 37. §. 1. D. de negotiis gestis. (3. 5.) L. 35. D. de rebus cred. (12. 1.)

381) Nov. 72. cap. 6. Vergl. Marezoll, im Archiv für civ. Praxis, Bd. 9, S. 37, und Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 366.

382) L. 9. pr. D. 26. 7.

383) L. 49. D. 26. 7. L. 58. §. 1 u. 3. D. ibid.

384) L. 3. C. de usuris pupillaribus (5. 56.), vergl. mit L. 12. §. 4. D. 26. 7. L. 13. §. 1. D. ibid.

386) L. 15. D. 26. 7.

387) L. 7. §. 11. D. 26. 7. Nov. 72. c. 6. Bei der Erklärung dieser Novelle nimmt Marezoll, im Archiv a. a. O. Th. 9, S. 44—49, an, daß der Vormund zur Compensation der Gefahr, die er an den ausgeliehenen Capitalien trägt, zwei Monat an den Zinsen alljährlich gewinnen solle. Allein diese Erklärung verstößt gegen die allgemeine Regel, daß der Vormund die Mündelgelder nicht zu seinem eigenen Vortheile benutzen dürfe (vergl. L. 7. §. 4. 10. 12. L. 58. pr. D. 26. 7.), und wird auch durch die Worte der Novelle nicht gerechtfertigt. Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 366, Note 27.

388) L. 7. §. 11. D. 26. 7.

389) Fr. Vat. §. 249.

390) L. 18. D. 27. 3. L. 4. C. arbitrium tut. (5. 51.) L. 26. C. de administrat. (5. 37.) L. 11. D. de auctoritate et consensu. (26. 8.) L. 11. D. de bonorum possess. (37. 1.) L. 7. §. 3. C. 5. 70.

wenn der Vormund für ihn eine verschuldete Erbschaft annimmt oder dazu die bonorum possessio agnoscirt [391]). Ueber die Form der Erwerbung solcher letztwilliger Zuwendungen gelten folgende Grundsätze. Ist der Pflegling necessarius heres, so erwirbt er die Erbschaft ipso iure, doch kann ihn der Vormund einseitig davon abstiniren [392]). Gehört der Pflegling aber zu den voluntarii heredes, so kann zwar der Curator nicht selbst die Erbschaft antreten, aber der Pflegling kann es unter Beitritt des Vormundes, oder, was gleiche Wirkung hat, es kann dieß durch einen Sclaven des ersteren geschehen [393]). Zum Erwerbe der bonorum possessio ist schon die Bitte des Vormundes im Justinianischen Rechte hinreichend [394]), ohne daß es einer weiteren Zuziehung des Mündels bedürfte.

Zum Zwecke der Verwaltung vormundschaftlicher Angelegenheiten steht dem Curator, gleich dem Tutor, ein gewisses Repräsentationsrecht gegen Dritte zu. Er hat das Recht, ohne Concurrenz seines Pflegbefohlenen Forderungen desselben einzuheben und zu quittiren [395]); Novationen und Delegationen im Namen seines Pfleglings, wenn sie diesem nützen, einzugehen [396]); Klagen, Stipulationen und Nuntiationen, welche diesem zustehen, in dessen Namen geltend zu machen [397]), oder über Vormundschaftssachen Eide anzutragen [398]), Vergleiche zu schließen [399]) und zu compromittiren [400]). Acceptilationen und Cessionen von Obligationen kann der Vormund indeß nicht vornehmen, sondern nur die Pflegbefohlenen selbst unter Beitritt ihres Vormundes [401]). Doch kann das Hinderniß bei der Acceptilation leicht dadurch gehoben werden, daß der Vormund vorher die Obligation durch Novation zu der seinigen macht und dann die Ac-

---

391) L. 11. D. 37. 1. L. 67. §. 6. D. de R. N. (23. 2.)

392) L. 67. §. 6. D. 23. 2.

393) L. 50. D. de acquir. vel. om. (29. 2.)

394) L. 11. D. 26. 8. L. 7. §. 1. D. 37. 1. L. 8. D. ibid. L. 7. C. qui admitti ad bonorum possessionem. (6. 9.) L. 65. §. 3. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) L. 7. §. 3. C. 5. 70.

395) L. 22. C. de pactis. (2. 3.) L. 14. §. 7. D. de solut. (46. 3.) L. 100. D. ibid. Zur Liberation gehört nach Justinianischem Rechte ein sportelfrei zu ertheilendes obrigkeitliches Decret. Vgl. L. 25. C. 5. 37. §. 2. J. quibus alienare licet. (2. 8.) Auf Zinsen und Pachtgelder ist diese Verfügung nur insofern zu erstrecken, als sie seit zwei oder drei Jahren rückständig sind, und zugleich über 100 aurei betragen. L. 27. C. 5. 37. Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 447.

396) L. 22. D. 26. 7. L. 20. §. 1. D. de novat. et deleg. (46. 2.) L. 34. §. 1. D. ibid. L. 96. pr. D. de solutionibus. (46. 3.)

397) Von Klagen sprechen L. 22. D. 26. 7. L. 56. §. 4. D. de furtis. (47. 2.) L. 11. §. 2. D. de iniuriis. (47. 10.) L. 55. pr. D. de eviction. (21. 2.) L. 1. §. 4. D. 26. 7.; von Stipulationen L. 3. §. 1. 4. 6. 7. D. iudicatum solvi (46. 7.); von Nuntiationen L. 7. §. 1. D. de operis novi nuntiatione. (39. 1.) Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 451.

398) L. 17. §. 2. D. de iureiur. (12. 2.)

399) L. 56. §. 4 u. 5. D. 47. 2.

400) L. 47—49. D. de receptis. (4. 9.)

401) L. 1. C. de acceptilat. (8. 44.) L. 13. §. 10. D. de acceptilat. (46. 4.) Vgl. L. 37. §. 2. D. ad SC. Trebell. (36. 1.)

ceptilation vornimmt[402]). In Betreff der Rechtsgeschäfte, welche der Vormund im Namen des Pupillen mit Anderen abzuschließen hat, steht es ihm gewöhnlich frei, ob er sie in eigener Person abschließen will oder durch Andere, welche der Gewalt seines Pflegbefohlenen unterworfen sind, und also diesem alle Rechte erwerben[403]). Schließt sie der Vormund in Person ab, so ist zunächst zwischen activer und passiver Repräsentation zu unterscheiden. Bei der activen Repräsentation galt in Betreff der Actionen der Grundsatz, daß Mündel in der Regel durch den Vormund nicht Klagen erwerben können, außer in bestimmten Fällen, wo ihnen die utilis actio gesetzlich zukommt[404]), wie bei der Stipulation[405]), bei den Consensualcontracten[406]), bei dem Constitutum[407]), oder wo die directa actio auch durch Dritte begründet wird, wie bei der Darlehnsobligation[408]). In Betreff der Exceptionen scheint ebenfalls die Regel, daß eine Einrede des Pfleglings aus den Geschäften des Vormundes unstatthaft sei, aus einem ähnlichen praktischen Bedürfnisse, wie bei den Actionen verlassen worden zu sein[409]). In Betreff der civilrechtlichen Vindicationen, wo von Alters her der Grundsatz galt, daß sie aus dem vom Vormunde abgeschlossenen Geschäfte nur diesem, nicht seinem Mündel erworben wurden, nahm man, gestützt auf den Satz, daß durch freie Mittelspersonen Besitz, und durch diesen auch Eigenthum erworben werden könne[410]), schon zeitig als unbezweifelt an, daß der Mündel auf diesem Wege eine directa vindicatio erwerben könne[411]), und gestattete demselben selbst dann, wenn der Vormund auf seinen eigenen Namen contrahirt hatte, die Wahl, ob er mit der actio negotiorum gestorum sich an den Vormund halten oder das Grundstück und die Vindication als in seinen eigenen Angelegenheiten erworben ansehen wolle[412]); endlich in Bezug auf die Publicianische Klage war es schon zur Zeit der classischen Juristen entschiedener Grundsatz, daß, wenn Jemand nicht für sich, sondern als Vertreter eines Anderen eine Sache kauft und in Besitz bekommt, diesem Anderen die genannte Klage gegeben werde, wie wenn er die Sache selbst gekauft hätte, und dieser Grundsatz findet auf den Curator die vollste Anwendung[413]). Zur Beurtheilung der passiven Vertretung des Pfleglings durch den Vormund,

---

402) L. 13. §. 10. D. 46. 4.

403) L. 9. §. 6. D. de Public. in rem. (6. 2.) L. 2. D. rem pupilli. (46. 6.) L. 4. §. 8. D. ibid. L. 6. D. ibid. L. 9. pr. D. 26. 7.

404) L. 5. C. quando ex facto tutoris. (5. 39.)

405) L. 9. pr. D. 26. 7. L. 2. D. quando ex facto tut. (26. 9.) L. 2. C. quando ex facto. (5. 39.) L. 26. D. 12. 1.

406) L. 4. C. 5. 39.

407) L. 5. §. 7. D. de pecunia constituta. (13. 5.)

408) L. 8. u. 16. D. 26. 7. L. 9. §. 7. D. ibid., vergl. mit L. 126. §. 2. D. de V. O. (45. 1.) L. 9. §. 8. D. de rebus cred. (12. 1.)

409) L. 59. D. de pactis (2. 14.), vergl. mit L. 9. §. 6. D. de iureiur. (12. 2.) L. 15. D. 2. 14. L. 10. §. 2. L. 26. §. 1. D. ibid.

410) L. 3. C. de adquir. et retin. possess. (7. 32.)

411) §. 5. J. per quas personas. (2. 9.) L. 20. §. 2. D. de acquir. rerum dom. (41. 2.) L. 53. D. ibid.

412) L. 2. D. 26. 9. L. 2. C. arbitrium tutelae. (5. 51.)

413) L. 7. §. 10. D. de Publiciana in rem actione. (6. 2.)

ſoweit ſie bei erlaubten Geſchäften vorkommt, muß man wohl die allgemeine Regel des römiſchen Obligationenrechtes in Obacht nehmen, daß man durch ſeine Contracte nur ſich ſelbſt, nicht aber Dritte obligiren könne. Daher konnte nach älterem Rechte der Vormund, wenn er allein handelte, nur ſich, nicht aber den Pflegling obligiren, und mußte ſich aus des Pfleglings Obligationen, wie aus ſeinen eigenen verklagen und condemniren laſſen. Erſt nach beendigter Vormundſchaft konnte er vom Mündel Erſatz ſeiner Auslagen, oder falls er dieſe noch nicht gemacht hatte, Defenſion gegen die Klage aus der Obligation verlangen[414]). Ausnahmen von dieſer Regel traten nach altem Rechte nur dann ein, wo die Bereicherung die eigentliche causa obligandi bildete, wie bei dem Darlehen[415]), oder wo die obligirende Handlung auch durch Boten und Briefe verrichtet werden konnte, mithin der Vormund nicht als ſelbſtſtändig contrahirende Perſon, ſondern als bloßes Organ des Pfleglings in Betracht kam, wie beim Conſtitutum[416]) und bei der Interpellation[417]). Indeß gewöhnte man ſich allmälig daran, aus den Schulden, welche der Vormund in des Pfleglings Angelegenheiten macht, die Klage wenigſtens als utilis actio gegen den Pflegling ſelbſt zu geben, und zwar nicht ſowohl nach Analogie der exercitoria und institoria actio, ſondern es beruht dieſe Annahme vielmehr auf der Fiction der Defenſion oder paſſiven Ceſſion, welche der Vormund von ſeinem Pflegbefohlenen erzwingen kann. Zunächſt wurde ſchon zur Zeit der claſſiſchen Juriſten aus allen Geſchäften, welche der Vormund während der Dauer der Vormundſchaft auf den Namen ſeines Mündels eingeht, gegen den erſteren die actio directa denegirt, und gegen den letzteren die actio utilis auf das Ganze gegeben, ohne Unterſchied, mag der Vormund ſolvend ſein oder nicht, und dieſe Anſicht hatte die wichtige Folge, daß, obſchon der Vormund während der Vormundſchaft zur Defenſion des Pflegbefohlenen verpflichtet iſt, doch die Zahlung aus des Pfleglings Vermögen geſchehen kann[418]). Noch weiter ging man bei Klagen, welche nach Beendigung der Vormundſchaft angeſtellt werden. Hier braucht der geweſene Vormund den Pflegling gegen die Klage nicht einmal mehr zu vertreten, vielmehr fällt die Defenſion ſeinem Nachfolger im Amte oder dem Pflegling ſelbſt oder deſſen Erben zur Laſt[419]), und von dieſer Regel finden ſich nur da Ausnahmen, wo der Vormund als Intercedent die Obligation im eigenen Namen übernommen hat[420]). Fragt man

414) L. 5. §. 1. D. de obligat. et action. (44. 7.) L. 6. D. de contr. tut. (27. 4.)

415) L. 20. §. 1. D. de in rem verso. (15. 3.) L. 3. C. 5. 39. L. 27. D. 12. 1.

416) L. 14. §. 3. u. L. 15. D. 14. 5.

417) L. 24. D. de V. O. (45. 1.)

418) L. 1. u. 2. D. 26. 7.

419) L. 26. C. 5. 38.

420) L. 15. C. 5. 37. ſpricht von der Interceſſion als Fideiuſſor; L. 4. C. si tut. vel cur. interv. (2. 25.) von der Expromiſſion für den Pflegling; L. 6. D. 26. 9. von der Uebertragung der Obligation des Pfleglings auf den Vormund durch die Novation; L. 5. §. 1. D. ibid. von der Aufnahme des Darlehns auf den eigenen Namen des Vormundes, wenn ſchon zum Nutzen des Mündels.

endlich, inwieweit aus widerrechtlichen Handlungen des Vormundes eine Klage oder Einrede gegen den Pflegling gegeben werden könne, so ist es auch hier allgemeine Regel, daß jedes Delict nur gegen den Thäter wirkt, nicht gegen den, dessen Stelle er vertritt. Daher schon zur Zeit der classischen Juristen die Regel aufgestellt wurde, daß dem Mündel der dolus seines Vormundes nicht schade[421]; daher die Pönalklage auch gegen den Vormund geht, wenn er in einem Prozesse gegen seinen Mündel einem höheren Magistrate ungehorsam ist[422]; daher endlich der Vormund auch haftet, wenn er mit Absicht oder durch eigenes Verschulden eine Obligation unerfüllbar macht[423]. Eine Ausnahme von dieser allgemeinen Regel ist es, wenn die classischen Juristen, insoweit der Mündel aus dem dolus seines Vormundes bereichert ist, auch gegen ihn selbst die Klage gestatten[424], wobei natürlich der Kläger den Beweis der Bereicherung zu führen hat, und wenn die bonae fidei actiones und die actio de dolo malo gegen den Pflegling aus dem dolus des Vormundes auf Herausgabe des gemachten Gewinnes gestattet werden[425]. Eine zweite Modification der erörterten Regel ist es, wenn schon zur Zeit der classischen Juristen der Satz geltend gemacht wurde, daß der Mündel, auch ohne bereichert zu sein, aus dem dolus und der culpa seines Vormundes condemnirt werden könne, sofern er nur die sichere Aussicht habe, das, was er auf diese Weise um seines Vormundes Willen bezahlen muß, von diesem wieder zu bekommen. Am deutlichsten hat Pomponius diese Ansicht für den Fall geltend gemacht, wenn der Pflegling eine Erbschaft besitzt, der Vormund aber, welcher sie in dessen Namen verwaltet, verschuldeter Maßen Sachen daraus verloren hat und später Jemand gegen den Pflegling mit der hereditatis petitio klagt[426]. Ulpian hat indeß dieses Haften des Mündels für den Vormund dahin beschränkt, daß er seine Klage gegen den Vormund an den Kläger abzutreten habe[427].

Von der Verwaltung des Vermögens durch den Vormund ist die vormundschaftliche Prozeßführung zu trennen, welche nicht allein auf das Vermögen, sondern auch auf die persönlichen und öffentlichen Rechte des Pflegebefohlenen sich bezieht. Die allgemeinen Grundsätze, welche die römischen Rechtsquellen in dieser Beziehung aufstellen, lassen sich auf folgende Punkte zurückführen: daß das Recht, Mündelklagen anzustellen, nur

---

421) L. 3. D. 26. 9. L. 11. §. 6. D. quod vi aut. clam. (43. 24.) L. 198. D. de R. I. (50. 17.) Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 341—344.

422) L. 1. §. 2. D. si quis ius dicenti non obtemp. (2. 3.)

423) L. 4. D. de tab. exhib. (43. 5.)

424) L. 51. pr. D. de heredit. pet. (5. 3.) L. 3. D. 26. 9. L. 3. §. 1. D. de tribut. act. (14. 4.), vergl. mit L. 4. §. 23. D. de doli mali et metus except. (44. 4.) Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 343.

425) L. 15. pr. D. de dolo malo. (4. 2.) L. 13. §. 7. D. de actionibus empti venditi (19. 1.) L. 3. D. 26. 9.

426) L. 61. D. 26. 7. L. 1. D. 26. 9., vergl. mit L. 4. D. ibid. Siehe Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 344—347.

427) L. 1. §. 6. D. ne vis fiat. (43. 4.) L. 21. §. 1. D. de peculio. (15. 1.) L. 3. §. 1. D. de tribut. act. (14. 4.)

dem wirklichen Vormunde zusteht[428]), daß ferner von den wirklichen Vormündern nur diejenigen, welche volles Administrationsrecht haben[429]) und außerdem der Concurscurator[430]), und zwar die generellen Vormünder in Rücksicht aller Prozesse, die speciellen Litiscuratoren in Betreff des einzelnen Rechtsstreites, für welchen sie constituirt sind, dieß Recht auszuüben befugt sind, und daß endlich, wenn mehrere generelle Vormünder bestellt sind, nur dem, welchem die Administration decernirt ist, das Recht zu klagen gestattet werden solle[431]), und wenn mehrere gerentes bestimmt sind, einem Jeden von ihnen in solidum, gleichwie die Defension ihnen in solidum zusteht[432]). Doch wird es dem Vormunde zur Pflicht gemacht, sich in keinen chicanösen Prozeß einzulassen, aber umgekehrt, wo das Interesse des Mündels gefährdet ist, dessen Rechte auf dem Wege der Klage geltend zu machen, und wenn er von Anderen in Anspruch genommen wird, denselben in gehöriger Weise zu defendiren[433]), was er auch gleich bei seiner Bestellung nach Justinian's Vorschrift besonders versprechen muß[434]). Diese Defension umfaßt die Verpflichtung, in Betreff des Prozesses alle Handlungen vorzunehmen, welche der dominus selbst als zahlungsfähiger, verständiger Hausvater vorgenommen haben würde[435]); mithin muß er Zahlung leisten, wenn der Pflegling keine gerechte Sache hat, umgekehrt aber sich aufs Judicium einlassen, wenn die Klage unbegründet, oder wenigstens so zweifelhaft ist, daß der Mündel einen gerechten Grund zum Prozeßführen hat, oder dieß durch den Mündel selbst unter seiner Auctorität bewirken lassen[436]), das übernommene Judicium bis zu Ende durchführen[437]), und wo der Prätor dem Kläger zwischen dem Eide und Judicium die Wahl läßt, sobald der Letztere die Eidesdelation vorzieht, den Eid für den Mündel ausschwören[438]). Aber außer dieser Defension, welche auch der Dominus selbst würde leisten müssen, mußte früher der Vormund als Defensor in einem fremden Prozesse auch noch in eigener Person und durch Satisdation cautio iudicatum solvi,

---

428) L. 31. §. 6. D. 3. 5. L. 2. C. de eo, qui pro tut. (5. 45.) L. 20. C. de negot. gestis. (2. 19.)

429) L. 3. §. 6. D. iudicatum solvi. (46. 7.)

430) L. 9. D. ratam rem haberi. (46. 8.) L. 2. §. 1. D. de curatore bonis dando. (42. 7.)

431) L. 3. §. 5. D. 46. 7.

432) L. 3. D. 42. 7. L. 24. §. 1. D. 26. 7., vergl. mit L. 1. C. si ex pluribus tutoribus. (5. 40.)

433) L. 30. D. 26. 7.

434) L. 28. §. 4. C. de administrat. (5. 37.)

435) L. 10. D. 26. 7., vergl. mit L. 63. D. de iudiciis. (5. 1.) In den Hauptstücken ähnelt der hier vorkommende Begriff der Defension demjenigen, welcher in Anwendung auf den Stellvertreter des verklagten Dominus aufgestellt wird. L. 35. §. 3. L. 39. pr. D. de procur. (3. 3.) L. 46. §. 2. L. 51. §. 1. D. ibid. L. 5. §. 3. D. 46. 7. L. 21. §. 3. u. L. 22. D. ex quibus causis maiores (4. 6.) L. 2. u. 5. D. ibid.

436) L. 1. §. 2 u. 3. D. 26. 7.

437) L. 55. pr. D. de evictionibus. (21. 2.) L. 12. C. qui dare tutores vel curatores. (5. 34.) L. 28. §. 3. C. 5. 37.

438) L. 21. §. 2 u. 5. D. de noxalibus actionibus. (9. 4.)

rem recte defendi, dolum malum abesse abfuturumque esse caviren[439]), was jedoch Justinian in die Verpflichtung umgewandelt hat, blos den Prozeß zu instruiren, ohne daß er fernerhin nöthig hat, für den Ausgang desselben mit seinem eigenen Vermögen Caution zu stellen[440]). Wird aber der Pflegling nicht in der angegebenen Weise defendirt, so läßt der Prätor seinem Edicte nach zunächst die Vormünder vorladen und zur Defension auffordern, und dann die nächsten Cognaten, Affinen und Freigelassenen des Mündels fragen, ob sie zur Defension bereit sind, und erst, wenn diese die Defension ablehnen, gilt der Pflegling für indefensus[441]); ja im neueren Rechte soll nach einer speciellen Vorschrift Justinian's der ordentliche Vormund, wenn er die Defension verweigert, von den Cognaten, Affinen und Creditoren des Pfleglings removirt und durch einen anderen ersetzt werden[442]). Auch soll dem Beklagten, welcher etwa während des Prozesses wahnsinnig wird, auf Andringen derselben Personen sogleich ein Curator bestellt werden, welcher die Defension übernimmt, und den Prozeß zu Ende führt. — Aber auch während der Dauer des Prozesses muß der Vormund den Prozeßgesetzen gemäß und mit der Vorsicht, die er in eigenen Prozessen anwenden würde, die einzelnen Prozeßacte betreiben und beendigen, namentlich die Zuvielforderung vermeiden, auf die Vorladungen vor Gericht erscheinen, die Fristen des Prozesses gehörig in Obacht nehmen, dem Gegner im Prozesse die gehörigen Cautionen leisten, Eide nur in Ermangelung anderer Beweismittel deferiren[444]), Appellationen gegen ungerechte Urtheile binnen der gehörigen Zeitfrist einlegen, und wenn der Prozeß zu Gunsten des Pupillen entschieden ist, die Execution betreiben. Wird der Pflegling während der Dauer des Prozesses mündig, so ist zwar die Fortsetzung des Prozesses eigentlich seine Sache[445]), doch sind die Vormünder verpflichtet denselben fortzusetzen oder wenigstens durch ihren Rath dabei zu assistiren. Zur Fortsetzung desselben können sie sogar extra ordinem gezwungen werden, so lange die Schlußrechnung noch nicht abgelegt, und die vormundschaftlichen Papiere noch nicht ausgehändigt sind[446]). — Die Wirkung der vormundschaftlichen Prozeßführung war zur Zeit der classischen Juristen, wo durch die Einsetzung des Vormundes in die formula das Judicium auf ihn übertragen wurde[447]), die, daß die Folgen des vom Vormund geführten Mündelprozesses

---

439) Caius inst. IV. §. 101. L. 28. pr. D. 26. 7., vergl. mit L. 8. §. 3. D. 3. 3.

440) L. 28. §. 3. C. 5. 37.

441) L. 5. pr. u. §. 1. D. quibus ex causis. (42. 4.)

442) L. 28. §. 1 u. 2. C. 5. 37.

444) L. 35. pr. D. de iureiur. (12. 2.)

445) L. 24. §. 1. D. de appell. (49. 1.) L. 28. §. 2. D. ibid. L. 2. D. an per alium. (49. 9.) L. 1. §. 1. D. si pendente appellatione. (49. 13.) L. 10. C. de appellationibus. (7. 62.)

446) L. 1. §. 1. D. 49. 13. L. 5. §. 6. D. 26. 7. L. un. C. ut causae post pubertatem adsit tutor. (5. 48.)

447) Caius inst. IV. §. 86 u. 87.

auch diesen allein trafen[448]), doch half der Prätor in Betreff der exceptio rei iudicatae hier dadurch nach, daß er dem Mündel eine Exception aus dem Siege des Vormundes gestattete[449]), und dem Vormunde die Leistung der cautio de rato auferlegte. Und auch diese war später nicht mehr nöthig, als man bei fortschreitenden Grundsätzen über Repräsentation im Prozesse ganz unbedenklich annahm, der Vormund deducire ins Judicium, d. h. er consumire seines Mündels Klage durch Litiscontestation und Urtheil dergestalt, daß, wenn dieser noch einmal klagen wolle, die Klage ihm denegirt werde[450]). In Betreff der actio iudicati, welche aus der Prozeßführung des Vormundes eigentlich nur diesem und gegen diesen gegeben wurde, half man dadurch, daß man aus dem Prozesse, welchen der Vormund gewonnen hat, dem Pflegling die actio utilis aus dem günstigen Urtheile gab, und dem Vormund die directa denegirte[451]), und umgekehrt aus dem Prozesse, in welchem der Vormund verurtheilt worden war, die actio iudicati directa gegen diesen denegirte und die utilis gegen den Pflegling gestattete, was natürlich die Folge hatte, daß die Execution in das Vermögen des Pfleglings, nicht in das des Vormundes vollstreckt wurde[452]). Hatte freilich der Vormund ohne Noth den Prozeß selbst übernommen, während er seinen Mündel prozessiren lassen konnte, so wurde er ursprünglich als Einer behandelt, qui liti se obtulit[453]), und erst nach geendigter Vormundschaft wurde die actio iudicati und die Execution gegen den Vormund denegirt und auf den Pflegling und dessen Vermögen übertragen[454]), allein späterhin nahm man allgemein an, der Vormund offerire sich nie mehr, wenn er es vorzieht, den Prozeß selbst zu führen, und deßhalb haben viele Rescripte den Satz ausgesprochen, daß auch schon während der Vormundschaft die iudicati actio und pignoris capio aus der vormundschaftlichen Prozeßführung nur gegen den Pflegling zu gestatten sei[455]). Auch die ex stipulatu actio aus einem deserten Vadimonium gestattete man nach der Beendigung der Amtsführung nicht mehr gegen den Vormund[456]); eben so wenig konnte der Vormund, welcher iudicatum solvi cavirt hat, nach dem angegebenen Zeitpunkte zur Uebernahme des Judicium gezwungen werden[457]); endlich

448) Caius inst. IV. §. 98 u. 99.

449) L. 11. §. 7. D. de except. rei iud. (42. 1.)

450) L. 22. D. 26. 7. L. 23. D. ibid. L. 11. §. 7. D. 42. 1. L. 17. §. 2. D. 12. 2. L. 13. C. 5. 37.

451) L. 2. pr. D. 26. 7. L. 6. D. 26. 9.

452) L. 2. pr. D. 26. 7. L. 7. D. 26. 9.

453) Vergl. L. 4. pr. D. de re iudicata. (42. 1.) L. 61. pr. D. de procuratoribus (3. 3.) mit L. 27. pr. 28. 29. 31. pr. D. 3. 3. u. Fr. Vat. §. 317. 333.

454) L. 2. pr. D. 26. 7., vergl. mit L. 1. C. 5. 39. L. 15. D. si quis cautionibus. (2. 11.) L. 5. D. 26. 9.

455) L. 2. pr. D. 26. 7. L. 4. §. 1. D. 42. 1.

456) L. 15. D. 2. 11.

457) L. 28. pr. D. 26. 7.

wurden auch alle Klagen aus den prätorischen Stipulationen, welche die Stelle der Judicia vertreten, von der Mündigkeit des Mündels an als utiles actiones auf diesen transferirt [458]).

Was die Klagen anbetrifft, welche aus der Curation entstehen, so sind sie theils zum Vortheil des Mündels, theils zu dem des Curator eingeführt. Zum Vortheil des Pflegebefohlenen sind folgende Klagen eingeführt: 1) Die actio negotiorum gestorum directa. Diese Klage ist die eigentliche, aus dem Quasicontracte der Geschäftsführung (negotiorum gestio) stammende Generalklage [459]), und wenn sie in mehreren Stellen des Justinianischen Codex als utilis actio [460]) bezeichnet wird, so ist damit gewiß nicht gemeint, daß sie durch eine Fiction in der Klagformel sich der actio tutelae oder negotiorum gestorum anschließe, sondern es soll damit nur so viel gesagt werden, daß die directa actio negotiorum gestorum ihrer materiellen Natur nach im concreten Falle nach der Analogie der actio tutelae directa beurtheilt werden müsse [461]). Zwar wird die Klage gegen den Curator einmal geradezu tutelae iudicium genannt [462]), allein in einem Zusammenhange, wo von einem curator impuberis die Rede ist, und daß es da mißbräuchlich geschehen sei, ergeben die Basilikenscholien [463]), welche bezeugen, daß im vorliegenden Falle nur aus dieser Rücksicht vom gewöhnlichen Sprachgebrauche abgewichen worden sei. Diese Klage steht dem Mündel und dessen Erben gegen den Curator und dessen Erben zu [464]), um sie zu zwingen, Rechnung über die geführte Vormundschaft abzulegen, das noch übrige Vermögen des Mündels herauszugeben und den Schaden zu ersetzen, welchen der Curator durch die schlechtgeführte Verwaltung dem Mündel zugefügt hat. In dieser Rücksicht prästirt der Curator nach der richtigeren Meinung im Allgemeinen nur diligentia, quam quis suis rebus adhibere solet, d. h. er kann sich vom Schadenersatze befreien, wenn er beweist, daß ungeachtet im Allgemeinen eine culpa levis vorliegt, er doch sein Möglichstes gethan habe, da er sein Vermögen in diesem Falle nicht besser behandelt habe [465]), und außerdem haftet er unbedingt für jeden durch dolus oder culpa lata dem Mündel zugefügten Schaden [466]). Bei ausgeliehenen Capitalien, welche durch die Schuld des Vormundes schlechter werden, ge-

---

458) L. 8. D. 26. 9. L. 18. §. 2. D. ut legatorum seu fid. — caveatur. (36. 2.)

459) L. 4. §. 3. D. 27. 3. L. 13. D. ibid. L. 1. C. quod cum eo, qui in aliena. (4. 26.) L. 7. C. arbitrium tutelae. (5. 51.)

460) L. 17. C. de neg. gest. (2. 19.) L. 7. C. 5. 51.

461) So Zimmern, Geschichte des römischen Privatrechtes, Th. 1, S. 938. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 7.

462) L. 3. C. 5. 51.

463) Basil. ed. Fabr. tom. V. p. 38.

464) L. 17. C. de negot. gestis. (2. 19.)

465) L. 33. pr. D. 26. 7. L. 1. pr. D. 27. 3. Nov. 72. c. 8. Darnach ist L. 7. C. 5. 51. zu beschränken. Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 3, S. 71—74.

466) L. 20. §. 1. D. de liberat. legata. (34. 3.) L. 23. C. 5. 37. L. 7. C. 5. 51.

nießt derselbe die Begünstigung, daß, falls er den Mündel entschädigen muß, ihm das Capital anheim fällt[467]), und daß er den Pflegling zwingen kann, entweder alle von ihm, dem Vormund, ausgethanen Capitalien als sicher anzuerkennen oder alle sie ihm zu überlassen[468]), wodurch natürlich der Mündel das Recht verliert, aus der Zahl der Capitalien die sichern sich auszulesen und die unsichern zurückzuweisen. Auf den Fall, wo der Curator das periculum cessationis beim Antritt der Vormundschaft trägt, bezog sich die Klage anfänglich gar nicht, da sie immer eine wirkliche Verwaltung voraussetzte[469]), doch half man hier mit der utilis negotiorum gestorum actio nach[470]), seitdem der an der Gestion sich versäumende Vormund von den nächsten Verwandten des Mündels bei dem Consul in Anklagestand versetzt, und gegen ihn ein Präjudicialdecret ausgewirkt werden konnte, des Inhaltes, daß er auf eigene Gefahr zögere[471]). Neben der Hauptsache hat der Richter bei der Condemnation des Curators auch die Früchte, welche der Curator aus den Mündelsachen gezogen hat oder wenigstens bona fide daraus hätte ziehen können[472]), ingleichen alle versprochenen und gezahlten Zinsen von Mündelcapitalien und die von den bei dem Curator über die Gebühr müßig liegenden Mündelgeldern, endlich auch die Zinsen von allen Mündelgeldern von dem Eintritt der Mora an[473]) bis zur wirklichen Ausantwortung des Vermögens an den Pflegebefohlenen in Anschlag zu bringen und in die Condemnationssumme einzurechnen. Diese Leistungen des Beklagten können aber auch dadurch erschwert werden, daß ihre Bestimmung in gewissen Fällen nicht von dem Ermessen des Juder, sondern vom iusiurandum in litem des Klägers abhängig gemacht wird, was indeß nur unter der Voraussetzung stattfinden kann, daß der Vormund entweder die vormundschaftlichen Urkunden, deren Exhibition ihm vom Juder anbefohlen ist, nicht exhibiren oder die Sachen des Pfleglings, welche er wirklich besitzt, nicht restituiren will[474]), und daß derselbe im dolus, oder was dem gleich steht, in culpa lata sich befinde und contumax geworden sei[475]). Diesen Eid leistet nur der dominus litis, d. h. der Pflegling, wenn er

---

467) L. 47. §. 5. D. 26. 7. L. 16. D. ibid. L. 11. §. 1. D. de usuris. (22. 1.)

468) L. 16. D. 26. 7. L. 11. §. 1. D. 22. 1. L. 7. §. 6. D. 26. 7.

469) Vergl. Caius inst. I. 190. 191. mit L. 4. §. 7. D. rem pupilli salvam. (46. 6.)

470) L. 4. §. 3. D. 46. 6. L. 39. §. 11. D. 26. 7. L. 37. §. 1. D. 27. 1.

471) Fr. Vat. §. 156. L. 1. §. 1. D. 26. 7.

472) L. 32. §. 2 u. 3. D. 26. 7. L. 10. D. 46. 6.

473) Eigentlich laufen die Zinsen des Verzuges, welcher hier auch ohne Mahnung eintritt, nur bis zum Anfang des Prozesses (L. 3. C. in quibus causis in integrum rest. [2. 41.]); von da bis zum Urtheil zahlt der Vormund Zinsen aus der Litiscontestation und vom Endurtheile an usurae rei iudicatae (L. 7. §. 15. D. 26. 7. L. 46. §. 3. D. ibid. L. 1. §. 3. D. de usuris et fructibus. [22. 1.] L. 10. D. 46. 6.)

474) L. 5. u. 10. D. de in litem iurando. (12. 3.) L. 28. §. 1. D. de appellationibus (49. 1.), vergl. mit L. 8. D. 12. 3.

475) L. 1. D. 12. 3. L. 5. §. 3. D. ibid. L. 28. §. 1. D. 49. 1.

mit Zustimmung seines Vormundes das Judicium übernommen hat und nicht mehr Pupill ist, der Tutor und Curator, wenn er im eigenen Namen die lis contestirt hat, jedoch nur dann, wenn er will, da er dazu nach einem Rescripte von Sever und Caracalla nicht gezwungen werden kann[476]). Manche neuere Juristen nehmen an, daß die vorliegende Klage ein infamirendes Judicium gewesen sei; doch wohl ohne hinlänglichen Grund, da sich diese Meinung auf kein Quellenzeugniß stützt, und die Analogie der tutelae actio directa hier nicht entscheidend erscheint. Eine Eigenthümlichkeit dieser Klage ist es, daß sie auch während der Dauer der Vormundschaft gegen den verwaltenden Vormund angestellt werden kann[477]), während die aus der Tutel stammende Hauptklage, die actio tutelae directa nur nach der Beendigung der Vormundschaft eintritt[478]). Nur bei der cura minorum ist durch spätere kaiserliche Constitutionen festgesetzt worden, daß auch hier die aus der Verwaltung der Vormundschaft stammende Klage nach der Beendigung der Vormundschaft angestellt werden könne[479]). 2) Die actio distrahendis rationibus[480]). So heißt eine Klage auf den doppelten Werth der Sachen oder Gelder, welche der administrirende Vormund unterschlagen hat[481]), und die Worte: rationibus distrahendis, welche den Zweck der Klage anzeigen, können nur auf die Auseinandersetzung des Pfleglings und Tutors wegen ihres Eigenthums und ihrer Forderungen bezogen werden, wenn schon Andere aus ihnen eine Klage wegen verfälschter Rechnungen oder auf Rescission absichtlich falsch abgelegter Rechnungen gemacht haben. Sie entsteht zunächst aus dem Quasicontracte der Geschäftsführung, und findet demnach gegen Vormünder, welche mit der Gestion der Vormundschaft nichts zu thun hatten, gar nicht statt[482]), setzt ein specielles Delict, nämlich das der Veruntreuung, voraus[483]), vertritt die Stelle der actio furti[484]), ist eine actio perpetua[485]), und kann als Pönalklage nicht passiv auf die Erben übergehen[486]). Von mehreren Theilnehmern am Verbrechen haftet Jeder in solidum[487]), und keiner kann vom be-

476) L. 4. pr. D. 12. 3. L. 1. C. de in litem iurando. (5. 53.)
477) L. 4. §. 3. D. 27. 3. L. 1. §. 3. D. de contraria tutelae et utili actione. (27. 4.)
478) L. 4. pr. u. §. 3. D. 27. 3. L. 9. pr. u. §. 4. D. ibid.
479) L. 2. u. 14. C. 5. 37.
480) Manche neuere Juristen nennen diese Klage actio de distrahendis rationibus, ein Ausdruck, welcher in den römischen Rechtsquellen gar nicht vorkommt. Auch in L. 1. §. 21. D. 27. 3. und L. 2. D. ibid. lesen die besten Handschriften und die Basil. tom. V. p. 64 u. 90, nur distrahendis rationibus, nicht de distrah.
481) L. 1. §. 19—24. D. de tutelae et rationibus distrahendis. (27. 3.) L. 2. pr. u. §. 2. D. ibid.
482) L. 1. §. 19. D. 27. 3. L. 2. pr. D. ibid. Vergl. L. 55. §. 1. D. 26. 7.
483) L. 1. §. 23. D. 27. 3.
484) L. 1. §. 22. D. 27. 3.
485) L. 1. §. 23. D. 27. 3.
486) L. 1. §. 23. D. 27. 3.
487) L. 55. §. 1. D. 26. 7. L. 1. §. 21. D. 27. 3.

neficium divisionis Gebrauch machen; doch haftet ein Jeder nur so, daß wenn einer die Litisäſtimation bezahlt hat, alle anderen Theilnehmer liberirt werden, mithin nicht noch von den übrigen Schadenersatz gefordert werden kann, wie dieß neben der actio furti mit der condictio furtiva möglich iſt. Das duplum, welches den Gegenſtand der Klage ausmacht, richtet ſich nach der Aeſtimation des unterſchlagenen Gegenſtandes, wo die eine Hälfte Schadenerſatz, die andere hingegen Strafe iſt[488]). Zunächſt ging die Klage nur gegen die Tutores, welche bei der Verwaltung der Vormundſchaft eine Treuloſigkeit ſich Schulden kommen ließen[489]), doch iſt ſie ſchon zeitig auch auf den Curator eines Minderjährigen[490]), und durch ein Reſcript der Divi fratres auch auf den curator reipublicae ausgedehnt worden[491]). Mit der urſprünglichen Beziehung auf den Tutor hängt es zuſammen, wenn noch im Juſtinianiſchen Rechte der Satz ſtehen geblieben iſt, daß die vorliegende Klage gegen den Vormund nicht vor Beendigung der Vormundſchaft angeſtellt werden könne[492]). Die Klage ſtammt aus den 12 Tafeln, welche eine ſo auffallende Treuloſigkeit des Vormundes härter als gewöhnlich ſtrafen zu müſſen glaubten, wenn auch der Pflegling den ſchweren, oft unmöglichen Beweis des Thatbeſtandes der Diebesklagen zu erbringen nicht im Stande iſt[493]). Daß ſie indeß in der älteſten Zeit nur auf den Fall des Diebſtahls beſchränkt geweſen ſei, wird von manchen neueren Rechtsgelehrten, aber ohne Beweis behauptet[494]). — Eine beſondere Vorſchrift findet ſich im römiſchen Rechte über die Beweismittel, welche ſowohl der Kläger zur Begründung ſeiner Forderungen, als auch der Beklagte zu ſeiner Rechtfertigung benutzen darf. Im älteren Rechte war es nämlich beſtritten, welche Beweiskraft die Geſtändniſſe des Vormundes über die Größe des Vermögens haben. Juſtinian hat dieſe Controverſe dahin entſchieden, daß die mündlichen Ausſagen des Vormundes gar nichts beweiſen, die Angaben im Inventar aber den vollſtändigſten Beweis gegen ihn begründen ſollen[495]).

Außer dieſen Klagen, welche zu Gunſten des Mündels aus der Geſchäftsführung des Curators gegen dieſen entſtehen, hat der Mündel noch andere Sicherungsmittel, welche auch dem Pupill wegen ſeiner Forderungen aus der Tutelarverwaltung zuſtehen. Zunächſt iſt hier das privilegium exigendi zu erwähnen, welches dem Pflegling das Recht gibt, vor allen übrigen perſönlichen Gläubigern Befriedigung zu verlangen, im Fall das Vermögen oder Peculium des Vormundes in Concurs geräth. Es

488) L. 1. §. 20. D. 27. 3. L. 2. §. 2. D. ibid.
489) L. 1. §. 19 u. 21. D. 27. 3. L. 55. §. 1. D. 26. 7.
490) Paulli sent. rec. II. 30. §. 1.
491) L. 9. §. 4. D. de adm. rer. ad civ. (50. 8.)
492) L. 1. §. 24. D. 27. 3.
493) L. 55. §. 1. D. 26. 7.
494) So Bynkershoek, obs. 17. 8. Zimmern, Geſchichte des römiſchen Privatrechtes, Bd. 1, S. 936. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 32, S. 207—211.
495) L. 13. C. 5. 51. Vergl. Merillii, exposit. in L. decis. Iust. ad. h. t.

ist dieß ein privilegium personae und kommt deßhalb nur den Pupillen, Minderjährigen, Wahnsinnigen, Verschwendern, Blödsinnigen und Preßhaften, nicht aber deren Erben, ferner nicht Abwesenden oder blos juristischen Personen oder Vermögensmassen zu statten [496]). Auf das Vermögen des Magistrates, welcher den Vormund bestellt hat, bezieht es sich nicht [497]), und selbst am Vermögen des Curators steht es nur subsidiarisch zu, nämlich dann, wenn dieser keine Bürgschaft geleistet hat [498]). — Außerdem kommt den meisten Pflegbefohlenen noch ein stillschweigendes Pfandrecht am ganzen Vermögen ihres Curators wegen aller Ansprüche aus der Curation zu. Zuerst ist davon in einer Constitution von Constantin die Rede, nach welcher es den Pupillen und Minderjährigen am Vermögen ihrer Tutoren und Curatoren zustehen soll, gleichviel ob sie die Vormundschaft verwaltet haben oder nicht [499]), und Justinian hat es auch dem Wahnsinnigen am Vermögen seines Curators gegeben [500]). Ueber die Frage, wenn dieses Pfandrecht anfange, herrscht unter den neueren Rechtsgelehrten viel Streit, da einige dasselbe gleich von der Uebernahme der Vormundschaft an datiren, Andere es erst mit dem einzelnen Administrationsacte beginnen lassen, aus welchem die Obligation entsteht. Jedenfalls ist die zuletzt genannte Meinung der anderen vorzuziehen, da das römische Recht von der Ansicht ausgeht, daß der Quasicontract des Vormundes nicht in der Uebernahme des Amtes im Ganzen, sondern in jedem Administrationsacte insbesondere enthalten ist, wenn schon alle diese einzelnen Obligationen am Ende der Amtsführung in einer einzigen gemeinschaftlichen Klage zusammengefaßt werden. Wenigstens war dieß die Ansicht des Sabinus und Cassius, und im Justinianischen Rechte ist sie die herrschende geworden [501]). — Auch sind hier noch die Klagen zu erwähnen, welche aus der vom Vormund geleisteten cautio rem pupilli vel adolescentis salvam fore gegen diesen, dessen Erben und die zur Sicherung des Versprechens gestellten Bürgen entstehen, und im Justinianischen Rechte sämmtlich actiones ex stipulatu sind. Der Inhalt dieser Klagen geht genau so weit, als die actio negotiorum gestorum directa [502]), nur mit dem Unterschiede, daß sie dann wegfallen, wenn der Anspruch des Mündels an den Vormund nicht aus der Administration des Vormundes, sondern aus dessen Cessation herrührt [503]). Bürgen haften nach den allgemeinen Grundsätzen über Bürgschaft in solidum, genießen indeß dabei die gewöhnlichen der Bürgschaft eigenthümlichen

---

496) L. 15. §. 1. D. 27. 10. L. 25. D. 27. 3. L. 19. §. 1—21. pr. u. §. 1. D. de rebus auctoritate iudicis possid. (42. 5.) Vgl. Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechtes, S. 336.

497) L. 1. §. 14. D. de magistrat. conv. (27. 8.)

498) L. 25. D. 27. 3.

499) L. 1. Th. C. de adm. (L. 20. Iust. C. 5. 37.), vergl. mit L. 10. C. 5. 51. Nov. 118. c. 5.

500) L. 7. §. 5. C. de curatore furiosi vel prodigi. (5. 70.)

501) L. 37. pr. D. 26. 7. Vgl. Rudorff a. a. O. Th. 3, S. 5.

502) L. 9. D. 46. 6.

503) L. 4. §. 3 u. 7. D. 46. 6.

Rechtswohlthaten, mit Ausnahme der der Theilung (beneficium dividendae actionis), welche den Bürgen, wenn sie allein vom Mündel belangt werden, in eigener Person nicht zu statten kommt [504]). Die Erben des Vormundes und der Bürgen haften nicht in solidum, sondern nur nach dem Verhältnisse ihres Erbantheiles [505]). Was die Zeit der Anstellung der Klage anbetrifft, so wird die Stipulation in Betreff der Curatoren durch jedes Versehen derselben committirt, und es kann daher die Klage auch schon während der Dauer der Vormundschaft angestellt werden [506]). Nach Analogie der Bürgen haften auch andere bei der Vormundschaftsbestellung vorkommende Personen, von welchen man annimmt, daß sie stillschweigend für den Vormund gut sagen. Es sind folgende: die, welche ohne die Stipulationsformel selbst auszusprechen, in ihrer Gegenwart und ohne zu widersprechen, ihre Namen in das über die ganze Vormundschaftsbestellung aufgenommene gerichtliche Protokoll haben einzeichnen lassen [507]), ferner die Affirmatoren, d. h. die, welche die Tüchtigkeit und Identität des Vormundes bezeugen und versichern [508]), auch die Erbitter von Vormündern, mögen sie in eigener Person oder durch Bevollmächtigte gehandelt haben [509]), endlich die Nominatoren, d. h. alle, welche zur Uebernahme der Curation Candidaten präsentiren [510]), von denen es allgemeine Regel ist, daß sie das periculum nominatorum tragen, oder mit anderen Worten, als Bürgen nach vorgängiger Excussion des Angestellten selbst, für dessen Amtsführung haften. Vom Standpunkte des älteren Rechtes aus muß man unter diesen Nominatoren jedenfalls die nominatores potioris verstehen, die dem Princip des Institutes gemäß unbedenklich für den Nominirten einstehen müssen, aber vom Standpunkte des Justinianischen Rechtes aus, in welchem die potiorum nominatio außer Gebrauch gekommen ist, können darunter nur noch die Erbitter von Curatoren verstanden werden, welche dem Magistrat eine Anzahl von Namen zur Auswahl des Vormundes vorlegen.

Neben diesen Rechtsmitteln, welche zunächst nur die Schadloshaltung des Mündels und eine Privatstrafe des treulosen Vormundes bezwecken, findet sich im römischen Rechte auch eine eigene Klage auf Absetzung des Vormundes, ohne Unterschied, ob derselbe ein Tutor oder Curator ist. Es ist dieß die accusatio suspecti, welche durch das Zwölftafelgesetz eingeführt [511]) und, nachdem sie aufgehört hatte legis actio zu sein, auch in das prätorische Edict aufgenommen worden ist [512]). Dieser Klage sind

504) L. 12. D. 46. 6. Vgl. Rudorff a. a. O. Th. 3, S. 141—145.
505) L. 24. C. de fideiussoribus et mandatoribus. (8. 41.)
506) L. 4. §. 7. D. 46. 6., vergl. mit L. 1. D. ibid. L. 26. D. 26. 7.
507) L. 4. §. 3. D. de fideiussoribus et nominatoribus. (27. 7.)
508) L. 4. §. 3. D. 27. 7.
509) L. 2. D. 27. 7. L. 2. §. 5. D. qui petere. (26. 7.)
510) Tit. D. 27. 7. L. 2. D. ibid., vergl. mit L. 4. C. quo quisque ordine. (11. 35.)
511) L. 1. §. 2. D. de suspectis tutoribus et curatoribus. (26. 10.) Vgl. Cic. de off. III. 15.
512) L. 1. §. 2. D. 26. 10.

Curatoren jeder Art unterworfen [513]), sofern nur ihre Administration zur Zeit der Anstellung der Klage noch fortdauert [514]), wenn schon die bloße factische Administration nicht weiter berücksichtigt wird, da auch cessantes und contumaces mit der Klage belangt werden können. Manche neuere Juristen machen indeß einen Unterschied zwischen suspecti accusatio und quasi suspecti; jene lassen sie bei den gerirenden Vormündern eintreten, diese bei den nicht gerirenden. Doch erscheinen die für diese Unterscheidung angeführten Stellen der römisch-Justinianischen Rechtsquellen nicht beweisend [515]). Fragt man, wem das Recht zustehe, die Klage zu erheben, so läßt sich nicht bezweifeln, daß hier der Mündel selbst zuerst genannt werden müsse, sofern er nur überhaupt handlungsfähig ist, die Mündigkeit erreicht hat, und dieß unter Beiziehung der nächsten Cognaten vornimmt [516]). Ist der Mündel selbst unfähig, so tritt der Grundsatz ein, quasi publicam hanc esse actionem [517]), d. h. alle haben das Recht, die Klage anzustellen, und der Kläger erscheint dann als Vertreter des Interesses des Pfleglings. Pupillen und Frauen sind in der Regel ausgeschlossen, doch werden die letzteren dann zugelassen, wenn sie ihrer Verwandtschaft, Schwägerschaft oder ihrer Liebe zum Mündel halber dabei interessirt sind, ein Interesse, dessen Beurtheilung zunächst dem richterlichen Ermessen anheim fällt [518]). Ferner wurden Freigelassene nicht leicht gegen ihren Patron zugelassen [519]). Auch kann die Obrigkeit ohne förmliche Anklage, schon auf die Denunciation eines Sclaven hin den Vormund wegen offenbarem dolus removiren [520]). Einige unter den Berechtigten sind sogar verpflichtet, von dem Anklagerechte Gebrauch zu machen, namentlich die, welche in einem bestimmten officium zum Mündel stehen, z. B. Tutoren und Curatoren, bei Strafe des Schadenersatzes, welcher durch die Unterlassung der Klage dem Mündel erwächst [521]), die Freigelassenen bei Strafe des verletzten obsequium [522]); endlich die nächsten Verwandten und Verschwägerten machen sich durch die Unterlassung

---

513) L. 1. §. 1. D. 26. 10. L. 3. pr. §. 2 u. 3. D. ibid.

514) L. 1. C. de susp. tut. et cur. (5. 43.) Daher findet die Klage gegen die Erben des Curator nicht statt, und erlischt, sobald der Beklagte während des Prozesses stirbt. Vgl. §. 8. J. de suspectis tutoribus. (1. 26.) L. 11. D. 26. 10.

515) §. 5. J. 1. 26. L. 4. §. 4. D. 26. 10. In der erstgenannten Stelle ist quasi so viel als ὡς, tanquam. Vgl. Rudorff a. a. O. Th. 3, S. 186.

516) L. 6. C. 5. 43. L. 7. pr. D. 26. 10. §. 4. J. 1. 26.

517) L. 1. §. 6. D. 26. 10. §. 3. J. 1. 26. Quasi publicam ist hier kein Kunstwort, da Theophilus a. a. O. es durch δημοσία κατηγορία übersetzt.

518) L. 1. §. 7. D. 26. 10.

519) L. 1. C. si tutor vel curator non gesserit. (5. 55.) L. 3. §. 1. D. 26. 10. §. 2. J. 1. 26.

520) L. 3. §. 4 u. 12. D. 26. 10. L. 12. D. ibid.

521) L. 3. §. 2. L. 7. §. 14. L. 9. §. 8. L. 14. L. 19. L. 39. §. 16. L. 41. D. 26. 7. L. 1. C. 5. 55. L. 2. C. de divid. tut. (5. 52.) L. 1. C. de periculo tutorum. (5. 38.) L. 8. C. 5. 44.

522) L. 3. §. 1. D. 26. 10.

der Anklage einer Impietät schuldig[523]). Stellvertreter sind von Seiten des Klägers gar nicht, von Seiten des Beklagten nicht leicht zulässig[524]), außer wo ein Auftrag des Vormundes speciell vorliegt, oder derselbe auch ohne allen Vertreter in contumaciam hätte verurtheilt werden können. Soll die Anklage von Wirksamkeit sein, so muß die Verdächtigkeit des Vormundes im Laufe des Prozesses vom Kläger bewiesen werden. Als verdächtig gilt aber hier der Vormund, welcher sein officium, seine fides und die dem Pflegling schuldige Sorgfalt hintenansetzt, oder dieß thun zu wollen den Anschein gibt[525]). Auf seine Vermögensumstände kommt dabei nichts an[526]). Was den Grad der Verschuldung anbelangt, welcher zur Remotion berechtigt, so sprachen die 12 Tafeln wohl nur von der mit Absicht begangenen widerrechtlichen Beschädigung (dolus malus)[527]), in den Justinianischen Rechtsbüchern wird indeß in dieser Beziehung auch die lata negligentia, culpa, ignavia u. s. w. berücksichtigt[528]) dergestalt, daß der Vormund nicht blos als quasi suspectus, wie manche neue Rechtsgelehrte wollen, sondern als wirklich suspectus gilt[529]). Gewöhnlich werden nun diese Ausdrücke nur auf lata culpa bezogen, weil nur diese dem dolus nahe kommt[530]), allein, daß sie sich auch auf die gewöhnliche culpa beziehen, ergibt der Sprachgebrauch der römischen Juristen, welche unter culpa allein gewöhnlich die verstehen, welche nicht mit im dolus enthalten ist. Handlungen, welche der Vormund entweder vor seiner Berufung zur Vormundschaft[531]), oder während der Dauer einer früheren[532]) gegen seinen Mündel verübt hat, taugen nicht als Grund zur Anklage, außer wenn kein Mitvormund vorhanden ist, welcher ihn deßhalb mit den gewöhnlichen Vormundschaftsklagen belangen kann; denn dann ist allerdings ein dringender Grund zur suspecti postulatio vorhanden, weil sie dann das einzige Mittel ist dem Mündel zu helfen[533]). Die Beurtheilung der einzelnen Remotionsgründe bleibt dem Richter überlassen[534]). Als Beispiele werden in den röm. Rechtsquellen folgende Handlungen des Vormundes genannt: Redemtion der Tutel durch Bestechung der Unterbeamten des Prätors[535]), oder sonstiges Zu-

---

523) L. 6. C. 5. 48.
524) Vat. Fr. §. 340. L. 39. §. 7. D. de procuratoribus. (3. 3.)
525) §. 5. J. 1. 26. L. 19. D. 26. 7. L. 3. §. 17. D. 26. 10. L. 31. §. 2. D. 42. 5.
526) L. 8. D. 26. 10. L. 5. C. 5. 43. §. 13. J. 1. 26.
527) Vgl. Cic. de officiis III. 15.
528) L. 7. §. 1. D. 26. 10. L. 2. §. 41. D. ad SC. Tertull. (38. 10.) L. 9. C. 5. 43. §. 6. J. 1. 21.
529) §. 6. J. 1. 21. L. 3. §. 17. D. 26. 10.
530) Vergl. Struben, rechtliche Bedenken, I. 85. Overbeck, Meditationen, 3. 165, 166.
531) L. 3. §. 5. D. 26. 10.
532) L. 3. §. 6—8. D. 26. 10. Vgl. L. 3. §. 11. D. ibid.
533) L. 3. §. 8. D. 26. 10.
534) L. 19. D. 26. 7. L. 3. §. 5 u. 12. D. 26. 10.
535) L. 3. §. 15. D. 26. 10. §. 10. J. 1. 26. §. 7. D. de officio P. U. (1. 12.)

drängen zu derselben [536]), Cessation und Contumacia in der Verwaltung [537]), verweigerte Cautionsleistung [538]), unterlassene Inventur [539]), verweigerte Alimentation des Pfleglings [540]), Veräußerung der Pupillengüter ohne Decret [541]), versäumte Deposition des baaren Geldes, oder unterlassener Ankauf von Grundstücken [542]), unvorsichtige Ausschlagung einer vortheilhaften Erbschaft [543]), verweigerte oder verzögerte Defension des Pfleglings [544]). Das Recht, über solche Remotionsgründe zu erkennen, steht den Obrigkeiten schon iure magistratus, oder Kraft der ihnen übertragenen Jurisdiction zu [545]). In den Hauptstücken gehörte die Cognition ursprünglich vor die Prätoren [546]), und nach einer Constitution von Constantin hat im Fall der Appellation der praefectus urbi zu erkennen [547]); in den Provinzen waren die Proconsuln, Präsides und die Präfecten zur Cognition ermächtigt [548]). Dem legatus proconsulis und anderen Stellvertretern der Magistrate steht sie nur dann zu, wenn sie entweder speciell oder durch ein generelles Mandat der Jurisdiction ihnen von den Magistraten übertragen worden [549]). In Teutschland gehört die Untersuchung an die ordentlichen Gerichte, welche sogar unter Benachrichtigung der Vormundschaftsbehörde von Amtswegen einschreiten können. Das Verfahren im Prozesse war in der älteren Zeit die Form der legis actio, im späteren Rechte die der extraordinaria cognitio [550]), in welcher von einer wahren formula und Litiscontestation gar nicht die Rede war. Das Urtheil lautet nicht auf Geld, sondern auf suspectum videri, removendum esse u. s. w., und hat das Aufhören der Vormundschaft zur Folge, sobald ein neuer Vormund an des abgesetzten Stelle tritt [551]); ferner den Verlust des ganzen Verwaltungsrechtes in Betreff der Vormundschaftsangelegenheiten [552]), eine Folge, welche indeß schon seit

---

536) L. 18. §. 1. D. de lege Cornelia de falsis. (48. 10.)
537) L. 7. §. 3. D. 26. 10. L. 5. C. 5. 43.
538) L. 1. u. 2. C. 5. 43.
539) L. 13. §. 1. C. arbitrium tut. (5. 51.) Vgl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 247.
540) L. 7. §. 3. D. 26. 10. L. 3. §. 15. D. ibid.
541) L. 3. §. 13. D. 26. 10.
542) L. 3. §. 16. D. 26. 10.
543) L. 3. §. 17. D. 26. 10.
544) L. 7. §. 10. D. 26. 10. L. 28. pr. C. 5. 37.
545) L. 1. §. 3 u. 4. D. 26. 10. L. 1. pr. u. L. 4. D. de officio eius, cui mand. est iurisd. (1. 21.)
546) L. 1. §. 3. D. 26. 10.
547) L. 17. C. de appell. et relat. (7. 62.)
548) L. 1. §. 3. D. 26. 10. L. 4. pr. D. 1. 21.
549) L. 1. §. 4. D. 26. 10. L. 4. D. 1. 21.
550) Vergl. Stephanus in den Scholien zum 8. Buche der Bas. in Meerm. thes. tom. V. p. 23, mit L. 6. D. 26. 10. (Callistratus lib. 4. de cognitionibus).
551) Caius inst. I. §. 182, vergl. mit L. 3. §. 8. D. de legitimis tutoribus. (26. 4.) L. 11. §. 1 u. 2. D. de test. tut. (26. 2.) Die Ernennung eines neuen Vormundes ist demnach in L. 14. §. 4. D. de tutelis (26. 1.) hinzuzudenken.
552) L. 14. §. 2. D. de solut. (46. 3.)

dem Anfangspunkte der Untersuchung provisorisch eintritt [553]), damit der Mündel nicht noch mehr in Schaden komme; die Infamie, wenn der widerrechtlichen Handlung des Vormundes erweislich ein dolus zu Grunde liegt [554]) (denn bloße culpa des Vormundes infamirt nicht [555])), wenn schon manche Rechtsgelehrte auch die culpa lata des Vormundes mit der Infamie bestraft wissen wollen [556]), und endlich in einigen Fällen auch noch besondere peinliche Strafen, welche in den Provinzen zwar der Präses selbst, der die Untersuchung geführt hat, in Rom aber nur der praefectus urbi vollziehen darf [557]), dem deßhalb der Verbrecher nach geschlossener Untersuchung abgeliefert wird [558]). Die gewöhnlichsten Fälle dieser Art sind, wenn der Vormund durch Geld oder Bestechung die Vormundschaft an sich brachte [559]), oder während der Administration sich arge Versehen zu Schulden kommen ließ, z. B. kein Inventar errichtete, bei der Inventur das Vermögen absichtlich geringer angab, oder das Geld nicht deponirte, austhat oder in Grundstücken anlegte, oder zu Alimenten des Mündels nichts hergeben wollte, oder auch die Grundstücke des Pfleglings unvortheilhaft veräußerte [560]). Die Strafe selbst, welche in diesen Fällen verfügt wird, richtet sich gewöhnlich nach dem Stande des Vormundes, und besteht, falls er Plebeier ist, gewöhnlich in öffentlichem Gefängnisse [561]), tritt indeß nur subsidiarisch ein, d. h. dann, wenn er nicht im Stande ist den Schaden, welchen er angerichtet hat, zu ersetzen.

Zum Vortheil des Curators ist die actio negotiorum gestorum contraria eingeführt, welche dem Curator alles wieder verschafft, was er aus eigenem Vermögen auf die Verwaltung der Vormundschaft ex fide bona aufgewendet hat. In der gemeinrechtlichen Praxis wendet man auf diese Klage alle Grundsätze an, welche von dem contrarium tutelae iudicium gelten [562]). Der Zweck der Klage ist die Wiedererstattung alles dessen, was dem Vormunde wegen der Verwaltung der Vormundschaft

---

553) L. 14. §. 1. D. 46. 3. §. 7. J. 1. 26. L. 7. C. 5. 43.

554) L. 9. C. 5. 43. §. 6. J. 1. 26. L. 13. §. 1. C. 5. 51. Bei Patronen und anderen Personen, welchen man Ehrfurcht schuldig ist, ließ man auch beim dolus derselben nicht die Infamie eintreten, oder man schlug einen milderen Weg ein, indem man denselben einen anderen Vormund beiordnete und diesem allein die Vormundschaftsverwaltung übertrug. L. 1. §. 5. u. L. 9. D. 26. 10. §. 2. J. 1. 26. Theoph. ibid.

555) L. 1. §. 18. D. 26. 10. L. 9. C. 5. 43. §. 6. J. 1. 26. Vgl. Marezoll, über bürgerliche Ehre, S. 153 flg.

556) So Cuiacius, comm. ad L. 213. de V. S., obs. VII. 8. Duarenus, comm. ad tit. de susp. tut. §. 8. Opp. p. 305. Rudorff a. a. O. Th. 3, S. 199.

557) L. 10. C. 5. 37.

558) §. 11. J. 1. 26. L. 2. D. 26. 10. L. 4. C. 5. 37.

559) L. 3. §. 15 u. 16. D. 26. 10. L. 9. D. 26. 1.

560) L. 3. §. 15 u. 16. D. 26. 10. L. 9. D. 26. 1. L. 49. D. 26. 7. L. 9. D. 27. 9. L. 4. C. 5. 37. L. 13. §. 1. C. 5. 51. §. 10 u. 11. J. 1. 26.

561) L. 3. §. 15 u. 16. D. 26. 10. L. 9. D. 26. 1. L. 49. D. 26. 7. L. 9. D. 27. 9. §. 10. J. 1. 10.

562) Vgl. L. 1. §. 2. D. de contraria tutelae actione. (27. 4.)

fehlt, ohne Unterschied, ob der Verlust in einer Verringerung des bereits erworbenen Vermögens besteht, oder in der Aufgabe eines Gewinnes, den man hätte machen können [563]). Soll demnach die Forderung des Curators in der Klage berücksichtigt werden, so müssen folgende einzelne Erfordernisse zusammentreffen: 1) es muß eine eigentliche Verwendung vorliegen, d. h. ein auf die Vormundschaft aus dem eigenen Vermögen des Vormundes gemachter Aufwand. Als der gewöhnlichste Fall einer solchen wird in den römischen Rechtsquellen die Ausgabe einer Geldsumme zu Gunsten des Mündels oder der ihm gehörigen Sachen bezeichnet [564]). Auch gehört in diese Kategorie das Aufgeben eines Klagerechtes zu Gunsten des Mündels [565]), die Uebernahme einer Obligation, wozu der Vormund ohne Führung der Vormundschaft nicht verpflichtet gewesen wäre [566]), und endlich die Leistung persönlicher Dienste in Angelegenheiten des Mündels [567]). 2) Die Verwendung muß der Vormundschaftsführung halber geschehen sein [568]), womit indeß noch keineswegs gesagt ist, daß sie gerade während der Vormundschaft gemacht sein müßte. 3) Die Verwendung muß bona fide ausgeführt worden sein, d. h. der Vormund muß bei derselben einer verständigen Administration und dem wahren Interesse des Pfleglings gemäß verfahren sein [569]). Gleichgiltig ist es dabei, ob die Verwendung den Betrag des Mündelvermögens übersteigt [570]), und ob sie in der That Erfolg gehabt hat [571]). Dieß contrarium iudicium ist eine besondere, von der directen unabhängige Klage, welche auch dann angestellt werden kann, wenn die directe in Wegfall kommt [572]). Die Zeit der Anstellung dieser Klage richtet sich nach den Grundsätzen, welche von der directen Klage gelten. Wenn also der Tutor und Curator eines Minderjährigen sie erst nach der Vollendung der Tutel anstellen kann [573]), so steht es den übrigen Curatoren frei, sie auch während der Dauer der Vormundschaft anzustellen. Den Gegenstand der Klage bildet die Schadloshaltung des Vormundes, welche nach der Verschiedenheit der Verwendungen verschieden ist. Bei baaren Auslagen erfolgt die Rückzahlung des Capitals sammt Zinsen [574]) bis zu dem Zeitpunkte der Rückerstattung. Wird aber die Klage deßhalb angestellt,

563) Arg. L. 4. D. 27. 3. L. 28. D. de negotiis gestis (3. 5.), vergl. mit L. 3. §. 8. D. 27. 4. L. 1. §. 6. D. ibid. L. 33. §. 3. D. de administr. (26. 7.)

564) L. 1. §. 5. D. 27. 4.

565) L. 2. C. de in litem dando tutore vel curatore. (5. 44.)

566) §. 2. J. de obligat. quae quasi ex contr. (3. 28.) L. 5. §. 1. D. 44. 7.

567) L. 1. §. 9. D. 27. 3.

568) L. 1. §. 8. D. 27. 4. L. 3. §. 8. D. ibid. L. 33. §. 3. D. 26. 7.

569) L. 3. C. 5. 37. L. 3. pr. §. 5. 6. 8. D. 27. 4. L. 33. §. 3. D. 26. 7. L. 4. C. 5. 44.

570) L. 3. C. 5. 37. L. 3. pr. D. 27. 4. L. 2. §. 1. D. ubi pupillus. (27. 2.)

571) L. 3. §. 7. D. 27. 4.

572) L. 1. §. 8. D. 27. 4.

573) L. 1. §. 3. D. 27. 4. L. 4. D. ibid.

574) L. 3. §. 1—5. D. 27. 4.

weil der Vormund für den Mündel eine Verbindlichkeit übernommen oder seine Sachen für ihn verpfändet hat, so erfolgt die Condemnation auf das Interesse erst, wenn der Mündel nicht die Defension des Vormundes übernimmt, oder ihn sonst liberirt. — Außerdem hat der Vormund auch die Befugniß, seine Gegenforderungen an den Mündel zur Compensationseinrede zu benutzen, wenn dieser ihn mit der directen Klage belangt [575]). Wird die Forderung für tauglich zur Compensation befunden, so bewirkt sie keine totale Absolution des Vormundes, wie die doli exceptio, sondern mindert nur den Betrag der Condemnation, so daß der Kläger den Rest seiner Vormundschaftsforderung dennoch bekommt [576]). Beträgt die Gegenforderung mehr, als die Hauptklage, so bleibt der Mehrbetrag für das iudicium contrarium vorbehalten. Diese Compensationsbefugniß ergibt sich von selbst aus dem Wesen der bonae fidei actiones, und scheint in der That älter zu sein, als das contrarium iudicium, von dem wir indeß bestimmt wissen, daß es schon dem Labeo bekannt war [577]).

Was die Beendigung der Curation anbetrifft, so kann sie theils durch Gründe, welche im Wesen der Curation liegen, herbeigeführt werden, theils durch äußere Begebenheiten, welche gleichwohl auf die Gestaltung der Curation einwirken, veranlaßt werden. Jene, die regelmäßigen Erlöschungsgründe, sind nach dem Wesen jeder einzelnen Curation verschieden, und können daher erst bei der Darstellung der Curationen im Einzelnen vorgetragen werden. Somit bleiben uns für die vorliegende Untersuchung nur die letzteren, die außerordentlichen Erlöschungsgründe der Curationen übrig. Begebenheiten, durch welche dieselben bedingt werden, betreffen entweder die Person des Pfleglings oder die des Vormundes. Zu den Gründen der ersten Art gehört der Tod des Pfleglings [578]), oder, was demselben gleichkommt, die Todeserklärung, jede capitis deminutio des Mündels [579]), wovon als Beispiele die feindliche Gefangenschaft, die Verurtheilung in Folge der angestellten ingrati actio, die Deportation und Arrogation des Mündels, in den römischen Rechtsquellen angeführt werden. Aehnlich ist der Fall, wenn der Vater, welcher durch die Deportation die väterliche Gewalt verloren hatte, vom Kaiser begnadigt wird; denn hier lebt die väterliche Gewalt wieder auf, und die einstweilen für dessen Kinder angeordnete Curation fällt weg, ausgenommen wenn der Vater seine Gewalt mißbraucht, um das Vermögen seiner Kinder zu vergeuden, in welchem Falle dann der Vormund im Amte bleiben soll [580]). Zu den

575) L. 2. C. de in litem dando tut. (5. 44.) L. 3. C. de contrario iudicio tutelae. (5. 58.) L. 1. §. 4. D. 27. 4.

576) L. 3. C. 5. 58.

577) L. 3. pr. D. 27. 4.

578) §. 3. J. quibus modis tutela finitur. (1. 22.) L. 4. pr. D. de tut. et rat. distr. (27. 3.)

579) L. 14. pr. §. 1. D. de tutelis. (26. 1.) §. 1. J. 1. 22. Theoph. ibid. Liegt ein Prozeß über die Freiheit des Mündels vor, so bleibt derselbe während der Dauer des Prozesses im Besitze der Freiheit, und kann also bis zu ausgemachter Sache jedenfalls einen Curator haben. L. 1. C. qui dare tutores. (5. 34.)

580) L. 13. §. 2 u. 3. C. de sent. pass. (9. 51.)

Ereigniſſen, welche in der Perſon des Vormundes das Aufhören der Vormundſchaft zur Folge haben, gehört der Tod deſſelben [581]), ſeine capitis deminutio, welche die Freiheit und Civität aufhebt [582]), die Remotion und die Excuſation. Aus dem vorjuſtinianiſchen Rechte gehört hierher auch die minima capitis deminutio des legitimus curator, welche, ſo lange die geſetzliche Curation nur den Agnaten deferirt wurde, die Agnationsrechte aufhob und mithin auch das Ende einer ſolchen Vormundſchaft herbeiführte; ſeitdem aber dieſe Vormundſchaft nicht mehr den Agnaten, ſondern den Cognaten deferirt wird, iſt dieſer Erlöſchungsgrund der Curation weggefallen [583]). Die Folgen der Beendigung der Vormundſchaft beſtehen für den Vormund darin, daß er Rechnung ablegen muß, und daß ſeine Adminiſtration aufhört, jedoch mit Ausnahme der angefangenen Prozeſſe, welche er bis zu abgelegter Rechnung fortſetzt; für den Pflegling aber darin, daß ihm, falls er noch eines neuen Vormundes bedarf, ein neuer Vormund zugeordnet wird.

Eine ſpecielle Erörterung verdient die Lehre von den Excuſationen. Unter excusatio verſtehen die claſſiſchen Juriſten, von denen man bei der Darſtellung dieſer Lehre auszugehen hat, einen geſetzlich anerkannten Grund, aus welchem Jemand von der Uebernahme einer ihm deferirten Vormundſchaft frei iſt [584]). Die allgemeinen Vorausſetzungen, unter welchen eine derartige Excuſation ſtatthaft erſcheint, ſind folgende: a) die Delation der Vormundſchaft muß rechtsgiltig ſein. Denn wenn die Beſtellung des Vormundes rechtlich ungiltig iſt, bedarf es nicht einmal der Excuſation [585]). Dagegen iſt es gleichgiltig, welcher Grund zur Delation der Curation überhaupt vorliegt, da nicht allein die von der Obrigkeit beſtellten Curatoren, ſondern auch die, welche durch das Geſetz berufen werden, ſich excuſiren können [586]). b) Jede Excuſation fällt weg,

---

581) L. 16. §. 1. D. 26. 1. Caius inst. I. §. 195, beſonders L. 17. C. de negotiis gestis. (2. 19.)

582) §. 4. J. 1. 22. L. 14. §. 3. D. 26. 1. L. 7. §. 1. u. L. 8. D. 27. 3. L. 4. §. 5. D. 46. 6. Ueber L. 15. D. 46. 6. vergl. Rudorff a. a. O. Th. 3, S. 235. Im vorjuſtinianiſchen Rechte konnten indeß Junianiſche Latinen Vormünder ſein. Vergl. Fr. Vat. §. 193.

583) L. 2. C. 5. 30. §. 4. J. 1. 22. §. 6. J. de capitis deminutione. (1. 16.) Ueber L. 7. pr. D. de capite minutis (4. 5.) vergl. Rudorff a. a. O. Th. 3, S. 237.

584) So in den Redensarten excusationem habere, excusationis causas contestari, excusatio competit, excusationem praebere, proferre etc. Manchesmal wird excusatio auch von der Befreiung ſelbſt gebraucht, wie in den Redensarten excusatio datur (L. 17. pr. D. 27. 1. L. 3. D. ibid.), öfters ſogar von der Anführung eines Entſchuldigungsgrundes. So excusare magnitudinem negotiorum bei Tac. Annal. 5. 2., excusare laborem bei Hórat. I. epist. 7. vs. 66—68. Aehnlich iſt alia iusta causa, quam praeses litteris excusaverit in L. 6. §. 9. D. de iniusto, rapto (28. 3.) und innocentiam excusare in L. 33. §. 2. D. de procurat. (3. 3.)

585) L. 13. §. 12. D. 27. 1. L. 1. C. de conf. tut. (5. 29.)

586) L. 30. §. 2. D. 27. 1. Ueber die Controverſe, ob die Excuſation bei der tutela legitima ſtattfinde, ſiehe die Literatur bei Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 31, S. 182—185, und Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 11—14.

wenn man sich zur Uebernahme der Vormundschaft verpflichtet, oder in die Annahme derselben stillschweigend einwilligt, oder sich der Administration freiwillig unterzieht[587]), es müßte denn die vorliegende Excusation auf der gesetzlich anerkannten Untauglichkeit des Vormundes zur Führung der Vormundschaft beruhen. — Man theilt die Excusationen 1) in freiwillige (voluntariae excusationes) und nothwendige (necessariae). Jene beruhen auf wahren Immunitätsprivilegien, aus denen ein Vormund zwar befugt, aber nicht verpflichtet ist, sich der Vormundschaft zu entziehen, so daß er, wenn er sie nicht vorbringt, die Administration fortführen muß. Diese hingegen beruhen auf besonderer, durch das Gesetz anerkannten Untauglichkeit des Vormundes zur Führung der Vormundschaft, welche zwar die Giltigkeit der Bestellung keineswegs hindert, aber doch insofern ihn nöthigt sich zu excusiren, als im entgegengesetzten Falle eine Absetzung, ja sogar besondere Strafen eintreten können. Die oben bezeichneten Kunstausdrücke sind zwar der Sache, nicht aber dem Namen nach den römischen Rechtsquellen bekannt. Denn wenn schon an einigen Stellen die freiwilligen Excusationsgründe allein und ausschließlich mit dem Namen excusatio bezeichnet werden[588]), so läßt sich auf der anderen Seite auch eine Reihe Zeugnisse anführen, in welchen die nothwendigen Excusationsgründe geradezu mit excusari debere[589]) oder durch excusatio[590]) bezeichnet werden, und es läßt sich mithin die oben angegebene Eintheilung allerdings rechtfertigen, wenn man überhaupt nur nicht an das römische Wort unser teutsches Entschuldigung knüpfen und fernerhin das Wort excusatio beibehalten will. 2) In Excusationen, welche a curatione suscipienda und in solche, welche a curatione suscepta befreien, je nachdem sie den Vormund berechtigen, den Excusationsgrund nur bei der Delation der Vormundschaft vor der Uebernahme derselben geltend zu machen, oder ihm die Befugniß ertheilen, auch nach der Uebernahme der Vormundschaft sich zu excusiren[591]). Jene bilden allerdings die Regel, weil mit der Uebernahme der Vormundschaft ohne gleichzeitige Vorschützung der Excusation das Recht auf diese verloren geht, und von der anderen Gattung der Excusationen ausdrücklich berichtet wird, daß diese ihre Eigenschaft sich auf besondere Privilegien stützt und in der Regel nicht vermuthet wird[592]). — Was das Anbringen einzelner Excusationen anbetrifft, so ist es verschieden, je nachdem eine freiwillige oder nothwendige Excusation vorliegt. Im letzten Falle ist das Vorbringen der Excusation an keine

587) Fr. Vat. §. 156. L. 15. §. 1. D. 27. 1. §. 9. J. de excusationibus tutorum vel curatorum. (1. 25.) L. 29. D. 26. 2., vergl. mit Fr. Vat. §. 154. L. 2. C. si tutor vel curator. (5. 63.).

588) §. 13 J. 1. 25. Nov. 118. c. 5.

589) L. 17. C. de excusationibus. (5. 62.) Fr. Vat. §. 202.

590) L. un. C. qui morbo se exc. (5. 60.), vergl. mit L. 1. §. 2 u. 3. D. de tut. (26. 1.) L. 3. C. qui dare tutores vel cur. poss. (5. 34.) Siehe auch §. 11 u. 14. J. 1. 25.

591) L. 45. pr. D. 27. 1. L. 11. §. 2. D. de minoribus XXV annis. (4. 4.)

592) L. 11. §. 2. D. 4. 4.

Zeitfrist gebunden, und wenn die Excusation vom Richter nicht berücksichtigt wurde, kann zu jeder Zeit die Nichtigkeitsbeschwerde eintreten[593]). Als Folge davon ist es zu betrachten, daß die Berufenen das Periculum der Vormundschaft einstweilen nicht zu tragen haben, ausgenommen, wenn sie sich in die Verwaltung eingemischt haben. Bei den freiwilligen Excusationen ist das Vorbringen derselben an eine bestimmte Zeitfrist gebunden, und wer dieselbe nicht beobachtet, wird mit seiner Excusation nicht weiter gehört, bleibt also Vormund[594]), und zwar in der Maße, daß die Vormundschaftsklage gegen ihn angestellt werden kann und daß er das ganze Periculum der Vormundschaft zu tragen hat[595]). Diese Frist bestand nach der Verordnung von Marcus Aurelius für die, welche in Rom sich befinden, oder innerhalb hundert römischen Meilen, d. h. 100,000 Schritten von Rom entfernt sind, in einem Zeitraume von funfzig Tagen[596]) und in den Justinianischen Rechtsquellen ist diese Bestimmung auf jeden Vormund bezogen, welcher an dem Orte, wo er bestellt wird, entweder anwesend oder nicht über hundert Meilen davon entfernt ist[597]). Wer über hundert Meilen vom Orte seiner Bestellung entfernt ist, hat außer den funfzig Tagen noch so viele Tage Zeit, wie viele Male er zwanzig Meilen von jenem Orte entfernt ist und außerdem noch eine Frist von dreißig Tagen, doch tritt diese Bestimmung nach der Interpretation von Scävola, Ulpian, Paullus und Modestin nur dann ein, wenn der Vormund auf diese Weise nicht wenigstens funfzig Tage Frist behält[598]). Die Frist ist in Rücksicht des Anfangs ein tempus utile, d. h. sie fängt nicht von dem Bestellungsacte selbst, sondern erst von dem Tage an zu laufen, wo der bestellte Vormund von seiner Bestellung Kunde erhalten[599]), ohne Unterschied, ob dieß auf gerichtlichem oder auf privatem Wege geschehen ist[600]); in Rücksicht ihres Laufes aber kommen nur die einzelnen Tage, wie sie im Kalender zusammenhängen, in Berechnung, doch mit der Beschränkung, daß, wenn Jemand durch Krankheit, Räuber, Wetter u. s. w. abgehalten ist, ihm die Frist nicht verläuft[601]). Ist diese Frist vergeblich abgelaufen, so treten die oben angegebenen Wirkungen von selbst, ohne Ungehorsamsbeschuldigung ein, und das prozessualische Mittel, um diese geltend zu machen, ist die praescriptio quinquaginta dierum[602]).

---

593) L. 13. §. 12. D. 27. 1. L. 16. D. ibid. L. 40. D. 26. 7. L. 58. §. 2. D. ibid.

594) L. 13. §. 1, 6 u. 8. D. 27. 1. Auf den Beweis der Excusation bezieht sich diese Frist nicht. Fr. Vat. §. 184. L. 38. D. 27. 1.

595) L. 1. §. 1. L. 5. §. 10. L. 17. D. 26. 7. L. 8. u. 19. C. 5. 37.

596) Fr. Vat. §. 156.

597) L. 13. §. 1. D. 27. 1. §. 16. J. de excus. (1. 25.)

598) L. 13. §. 2. D. 27. 1. §. 16. J. 1. 25. Theoph. ibid.

599) §. 16. J. 1. 25. L. 6. C. de excusation. (5. 62.)

600) L. 29. D. 26. 5. L. 13. §. 1. D. 27. 1. L. 6. C. 5. 62. L. 5. §. 10. D. 26. 7. Fr. Vat. §. 156. Abwesenden Vormündern wird die Kunde von ihrer obrigkeitlichen Bestellung zum Vormunde innerhalb dreißig Tagen von Obrigkeitswegen bekannt gemacht. L. 13. §. 1. D. 27. 1. L. 29. D. 26. 5.

601) Fr. Vat. §. 155. L. 13. §. 7. D. 27. 1. §. 16. J. 1. 25.

602) Fr. Vat. §. 156. L. 3. C. 5. 62.

Die Form, in welcher diese Excusationen geltend gemacht werden, war in der älteren Zeit, wie bei den übrigen munera, die der Appellation[603]; seit der Zeit von Marcus Aurelius hingegen ist unter Verwerfung der Appellation ein besonderes, nicht devolutives Verfahren vorgeschrieben worden, welches in den Justinianischen Pandekten als geltendes Recht dargestellt wird[604]. Zum Beweise der einmal gehörig angebrachten Excusation werden dem ernannten Vormunde vier zusammenhängende Monate gestattet, deren Lauf vom Augenblicke der Nomination beginnt[605], was doch wahrscheinlich nur von dem Zeitpunkte, wo der Ernannte seine Ernennung erfährt, zu verstehen ist[606], da man zu einem ungereimten Resulate kommen würde, wenn man die zur Anbringung der Excusation festgestellte Frist erst vom Augenblicke der Wissenschaft und die für den Beweis der Excusation von dem Tage der Ernennung an berechnen wollte. Auch hier kommen indeß billige Hindernisse in Betracht, und selbst die ungewöhnliche Langwierigkeit des Verfahrens gilt für den Vormund als hinreichender Entschuldigungsgrund für die Versäumniß[607]. Für die Formalien dieses Verfahrens finden sich wenig Bestimmungen in den römischen Rechtsquellen vor. Das Ganze wird in der Form einer lis abgesetzt[608], die Parteien sind dieselben, wie bei der Erbittung des Vormundes, nur daß der Excusant als Kläger erscheint[609], und das Ganze wird durch ein Decret der Obrigkeit beendigt[610]. Eingeleitet wird das Verfahren dadurch, daß der ernannte Vormund seinem Gegner, wenn Sessionen sind, denuncirt, vor dem Prätor zu erscheinen, und dann sich zu diesem verfügt und seine Gründe entweder mündlich oder schriftlich bei ihm anbringt. Dieser Vortrag kann de plano oder pro tribunali geschehen, da er nur den Zweck hat, die Präscription zu unterbrechen, und nur, wenn Gerichtsferien sind, erfolgt die Contestation allemal durch Libell[611]. Die Instruction der Rechtfertigung erfolgt überall durch den Magistrat, und zwar pro tribunali. Ueber den Beweis, welchen nach den allgemeinen Prozeßregeln der Vormund zu führen hat, finden sich keine näheren Bestimmungen in den römischen Rechtsquellen vor. Doch versteht es sich von selbst, daß innerhalb der Beweisfrist zwar der Beweis einer bereits angebrachten Excusation zu Ende gebracht, aber nicht der einer neuen übernommen werden kann[612]. Das Decret des Magistrates, welches das Ganze beschließt, hat über die Zulässigkeit oder Un-

603) Fr. Vat. §. 155. L. 1. §. 1 u. 2. D. quando appell. (49. 4.) L. 13. pr. u. L. 16. §. 1 u. 2. D. 27. 1. L. 1. §. 1. D. 26. 7.
604) Fr. Vat. §. 156.
605) L. 38. D. 27. 1., vergl. mit L. 39. D. ibid.
606) So Accursius, Anton Faber, Haubold, Rudorff. Vergl. Hauboldi opusc. acad., ed. Wenck, vol. I. p. 424.
607) L. 39. D. 27. 1.
608) L. 39. D. 27. 1. L. 14. C. 5. 62.
609) Fr. Vat. §. 156.
610) L. 1. C. si tutor vel cur. falsis. (5. 63.)
611) Fr. Vat. §. 156. L. 13. §. 8 u. 10. D. 27. 1. L. 1. C. 5. 63.
612) L. 39. D. 27. 1.

zulässigkeit der Excusation zu urtheilen [613]). Im ersten Falle trägt er für die Zukunft nicht mehr die Gefahr der Verwaltung [614]), doch hört der Excusirte erst dann in der That auf Vormund zu sein, wenn an seine Stelle ein anderer giltiger Weise ernannt ist [615]); im letzten hingegen trägt er das Periculum nicht allein für die Vergangenheit, sondern auch für die ganze Zukunft, da er von erreichter Wissenschaft an als Vormund gilt [616]). — Fragt man nach der Competenz der Behörden, bei welchen die Untersuchung über die Zulässigkeit der Excusationen angebracht wird, so war es vor den Zeiten des Kaisers Marcus Aurelius wohl die gewöhnliche Appellationsinstanz des Magistrates, welcher den Vormund bestellt hatte, und nachher wurde die ordentliche Vormundschaftsbehörde für solche Untersuchungen competent. In Rom und in dem Stadtgebiete gehörten dergleichen Untersuchungen vor den praetor tutelaris [617]), im übrigen Italien vor den Juridicus [618]), in den Provinzen vor den Statthalter derselben [619]).

Nothwendige Excusationsgründe sind folgende: 1) Der Mangel der Rechtsfähigkeit von Seiten des Vormundes. Dieß gilt von Sclaven und von Peregrinen [620]). Nach den Grundsätzen des vorjustinianischen Rechtes galt dasselbe auch von den Junianischen Latinen, wenn schon ihre Bestellung von Seiten der Obrigkeit wenigstens späterhin als giltig betrachtet wurde [621]). Auf Haussöhne, welche in politischen Dingen völlig rechtsfähig sind, ist dieser Entschuldigungsgrund nie erstreckt worden [622]). 2) Die eigene Schutzbedürftigkeit des Vormundes. In dieser Beziehung stellt das Constitutionenrecht die allgemeine Regel auf, daß Jeder, welcher unter Vormundschaft steht, die Vormundschaft über Andere nicht übernehmen dürfe [623]). Dieß gilt namentlich von Frauen überhaupt [624]), und wenn gleich Marezoll [624a]) annimmt, daß auch die Mutter und Großmutter für ihre minderjährigen Kinder oder Enkel zu partiellen Curatoren ernannt werden können, falls derjenige, welcher den letzteren Güter im Testament oder durch Schenkung überläßt, in Betreff dieser Güter dieß also verordnet hat, so scheint doch die Novellenstelle, auf welche diese Meinung ge-

---

613) L. 22. C. 5. 61. L. 1. C. 5. 62. L. 20. D. 26. 7.
614) L. 22. C. 5. 61., vergl. mit L. 5. §. 10. D. 26. 7.
615) Caius inst. I. §. 182. Ulp. fr. 11. §. 23. Vat. fr. §. 228. L. 4. C. 5. 62. L. 11. §. 1—3. D. 26. 2. Vgl. §. 6. J. 1. 22.
616) L. 20. D. 26. 7. L. 5. §. 10. D. ibid.
617) L. 37. pr. D. 27. 1. L. 6. u. 23. C. 5. 62.
618) L. 2. C. 5. 62.
619) L. 3. 11. 15. 16. 18. C. 5. 62.
620) L. 17. §. 1. D. de poenis. (48. 19.)
621) Fr. Vat. §. 193, 221, vergl. mit Cai. inst. I. 23. Ulp. XI. 16.
622) Pr. J. qui testam. dari tut. (1. 16.) L. 7. D. de tutelis. (26. 1.) L. 13. §. 5. D. ad SC. Trebell. (36. 1.)
623) L. 5. C. 5. 30.
624) L. 21. pr. D. 26. 5. Vergl. Emmerich, Beiträge zur Lehre von der Vormundschaft der Mutter und Großmutter in Linde's Zeitschrift für Prozeß und Civilrecht, Bd. 3, S. 209.
624a) Marezoll, kleine civilistische Bemerkungen, in Linde's Zeitschrift, Bd. 5, S. 441.

ſtützt wird[625]), dieſer Annahme nicht eben günſtig, da ſie recht gut nur von der Uebertragung der Verwaltung verſtanden werden kann. Aus demſelben Grunde ſind auch Pupillen und Minderjährige von Juſtinian von der Uebernahme der Curation ausgeſchloſſen worden[625a]), und die teutſchrechtliche Praxis hat dieß Verbot auch auf gerichtlich erklärte Verſchwender und auf ſolche Kranke und Gebrechliche ausgedehnt, welche ſelbſt unter Vormundſchaft ſtehen. 3) Der Mangel an gutem Rufe. Deßhalb ſchließt die teutſchrechtliche Praxis von der Vormundſchaft alle aus, welche ein unehrbares Leben führen[626]), oder wegen ſchlechter Verwaltung ſchon einmal der Vormundſchaft entſetzt ſind[627]), oder ſich zu einer Vormundſchaft zudrängen oder, um ſie zu erlangen, Geld bieten oder geboten haben[628]). 4) Die Feindſchaft zwiſchen dem Vormund und dem Vater des Pupillen, außer wenn eine Verſöhnung zwiſchen beiden ſtattgefunden oder der Vormund erſt in einem ſpäter gemachten Teſtamente dazu ernannt worden iſt[629]). Die römiſch-Juſtinianiſchen Rechtsquellen ſprechen in dieſer Beziehung von einer **inimicitia capitalis**, worunter man indeß mit Råvard[630]) nicht gerade in feierlicher Form abgeſagte Feindſchaften zu verſtehen hat, auch nicht gerade nur ſolche, welche in einer peinlichen Anklage ihren Grund haben, ſondern überhaupt alle eigentlichen, öffentlichen oder heimlichen Todfeindſchaften im Gegenſatze der **levis offensa**[631]). Feindſchaften anderer Art[632]) und bloße Unbekanntſchaft des Vormundes[633]) mit dem Vater des Pupillen entſchuldigen nicht. 5) Ein Prozeß über den **status** zwiſchen dem Vater des Mündels als Kläger und dem Vormunde als Beklagten[633a]). Prozeſſe dieſer Art, worunter man jeden über Freiheit und Civität zu verſtehen hat[634]), begründen nach römiſchen Anſichten eine Erbfeindſchaft. 6) Prozeſſe über das Vermögen des Mündels, oder über Gegenſtände, welche den wichtigſten Beſtandtheil dieſes Vermögens bilden, und über Erbſchaften geben zunächſt nur eine freiwillige Excuſation für den Vormund[635]), und wenn er davon keinen Gebrauch macht, ſo kann der Prätor ihn removiren und den Prozeß inſtruiren[636]). Andere Prozeſſe zwiſchen Vormund und Mündel begründen keine Excuſation[637]), außer wenn der Vormund im guten Glauben, und nicht blos um von der Vormundſchaft loszukommen, einen Prozeß über den Status gegen ſeinen Mündel erhebt, in welchem Fall die Excuſation eben-

---

625) Nov. 117. cap. 1. §. 1.
625a) L. 5. C. 5. 30.
626) Arg. L. 21. §. 5. D. 26. 5.
627) Arg. L. 1. §. 8. D. de suspectis tut. (26. 10.)
628) L. 21. §. 6. D. 26. 5.
629) L. 6. §. 17. D. 27. 1. §. 11. J. 1. 25.
630) Variar. V. 15.
631) Interpret. Goth. ad Paulli sent. rec. II. 27. §. 1.
632) Theoph. inst. I. 26. §. 11. ed. Reitz. tom. I. p. 195.
633) L. 15. §. 14. D. 27. 1. §. 10. J. 1. 25.
633a) §. 12. J. 1. 26.
634) Vergl. Feuerbach, civiliſtiſche Verſuche, Th. 1, S. 187 flg.
635) L. 21. pr. D. 27. 1. §. 4. J. 1. 25. L. 16. C. 5. 62.
636) L. 20. D. 27. 1.
637) Fr. Vat. §. 139. L. 21. C. 5. 62.

falls eine nothwendige ist[638]). 7) Obligatorische Verhältnisse zwischen dem Vormund und dem Pflegling, d. h. wenn der Vormund entweder Gläubiger oder Schuldner des Pfleglings ist. Im älteren Rechte wurden dergleichen Verhältnisse bei der Uebernahme von Vormundschaften gar nicht berücksichtigt[639]), im neueren Rechte hingegen, welches sich aus einer Novelle Justinian's herschreibt, bilden sie eine excusatio necessaria, weil sonst nach der Ansicht des Kaisers den Mündeln in der Person des Vormundes ein Feind aufgedrungen werden würde[640]). Vorausgesetzt indeß, daß der Vormund das Schuldverhältniß nicht nur angegeben, sondern auch erwiesen habe, was in Ermangelung anderer Beweismittel durch einen körperlichen Eid des Vormundes geschieht. Tritt das obligatorische Verhältniß erst nach der Uebernahme der Vormundschaft ein, so wird dem bisherigen Vormunde zur Sicherheit des Pfleglings ein anderer Vormund zugeordnet[641]). Zwar spricht die Novelle zunächst nur von den Vormündern Unmündiger und Minderjähriger, allein da späterhin auch von anderen Curatoren, z. B. für Wahnsinnige, Blödsinnige die Rede ist[642]), auch die Absicht des Gesetzgebers offenbar auf alle Arten von Vormündern sich erstreckt, so steht wohl nicht zu bezweifeln, daß die angegebene Excusation auf alle Arten von Vormündern zu erstrecken sei. 8) Die Verschiedenheit des Glaubensbekenntnisses. Aus diesem Grunde können nach der teutschrechtlichen Praxis Juden keine Vormundschaften über Christen annehmen[643]), wenn schon dieselben nach römischem Rechte nicht allein zu allen Lasten, welche ihrer Religion nicht zuwider, und namentlich zur Vormundschaft über Pupillen, die nicht ihre Glaubensgenossen sind, verpflichtet sind[644]). 9) Das Verbot der Eltern des Pfleglings. Wer nämlich vom Vater oder der Mutter des Mündels im Testamente oder auf andere Weise als unzulässig bezeichnet worden ist, kann nicht zur Vormundschaft berufen werden[645]). 10) Das Verlöbniß und die Ehe mit der Pflegbefohlenen. Nach einem im römischen Rechte ganz allgemein ausgesprochenen Grundsatze kann der Ehemann nicht zum Curator seiner Frau[646]) und der Bräutigam nicht zum Curator seiner Verlobten[647]) gemacht werden, und selbst der Vater des Mannes muß sich excusiren, wenn er seiner Schwiegertochter zum Curator bestellt wird[648]). Diese Excusation beruht

---

638) L. 6. §. 18. D. 27. 1.
639) L. 7. C. 5. 62. L. 8. C. qui dare. (5. 34.) Vgl. L. 9. §. 5. D. 26. 7.
640) Nov. 72. c. 1 u. 3. Vgl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 28—33.
641) Nov. 72. c. 2.
642) Nov. 72. c. 5.
643) Vgl. Montanus de iure tut. IV. no. 32—40. Lauterbach, Coll. Arg. XXVI. 1. §. 23.
644) L. 15. §. 6. D. 27. 1., vergl. mit L. 3. §. 3. D. de decurionibus. (50. 2.)
645) L. un. C. si contra matris. (5. 47.) L. 21. §. 2. D. 26. 5.
646) Fr. Vat. §. 201. L. 14. D. 27. 10. L. 2. C. 5. 34. §. 19. J. 1. 25.
647) L. 1. §. 5. D. 27. 1.
648) L. 3. C. de interdicto matr. (5. 6.) L. 17. C. 5. 62.

auf dem Verbote der Ehe und des Verlöbnisses vor abgelegter Vormundschaftsrechnung zwischen dem Vormund, dessen Sohne und der Pflegbefohlnen, welches Verbot aus einer oratio des Marcus und Commodus sich herschreibt, und durch Rescripte der Kaiser Severus und Caracalla genauer festgestellt worden ist [649]). Im heutigen Rechte fällt dieser Excusationsgrund weg, da nach teutschrechtlicher Gewohnheit der Ehemann sogar als curator legitimus seiner Frau betrachtet wird [650]). 11) Das Verhältniß des Stiefvaters zu seinen Stiefkindern. Wenn schon das röm. Recht dem Stiefvater erlaubt, die Vormundschaft über seine Stiefkinder zu übernehmen [651]), so hat sich doch in Teutschland eine entgegengesetzte Doctrin [652]) gebildet, welche auch in der Praxis Eingang gefunden hat [653]). 12) Obligatorische Verhältnisse mit dem Fiscus. Pächter öffentlicher Zölle (conductores vectigalium) müssen sich stets entschuldigen, wenn sie das Geschäft selbst betreiben [654]). Auf Afterpächter bezieht sich diese Excusation nicht [655]). 13) Der Soldatenstand. Soldaten sind zur Uebernahme von Vormundschaften so ganz untauglich, daß, wenn sie dieselben übernehmen, nicht einmal die gewöhnlichen Vormundschaftsklagen gegen sie angestellt werden können [656]). 14) Die priesterlichen Würden. Nur Bischöfe sind zur Uebernahme der Vormundschaft nach einer Justinianischen Novelle völlig untauglich [657]); andere Geistliche nur dann, wenn sie zu einer Vormundschaft berufen werden, zu deren Uebernahme sie nicht durch Cognation verpflichtet sind. 15) Der Mönchsstand. Auch Mönche können nach demselben Gesetze Justinian's niemals zu Vormündern bestellt werden. 16) Der Curialenstand. Decurionen können nach einem Gesetze der Kaiser Valentinian, Theodosius und Arcadius [658]) nicht Vormundschaften über Reichssenatoren übernehmen.

Freiwillige Excusationsgründe sind folgende: 1) Die Verwaltung eines öffentlichen obrigkeitlichen Amtes [659]). Dieser Entschuldigungsgrund bezieht sich nicht allein auf Magistrate, welche in Rom ihr Amt verwalten, während der Dauer ihres Magistratsjahres [660]), sondern auch auf

649) Fr. Vat. §. 201. §. 19. J. 1. 25.

650) Sächsisches Landrecht III. 45. 1. Vgl. Rudorff a. a. O. Th. 1, S. 185.

651) L. 32. §. 1. D. de adopt. (1. 7.) L. 2. C. de interd. matr. (5. 6.) L. 3. C. de contr. iud. tut. (5. 58.)

652) Bachov. ad Treutl. Vol. II. p. 1. disp. VIII. th. 3. p. 419. Berger, oecon. iur. lib. I. t. IV. th. 10. not. 1.

653) Carpzov, iurispr. for. P. II. const. 10. def. 25. n. 4. Boehmer, consult. tom. III. p. II. 792. Mevius, tom. II. P. VIII. decis. 330.

654) L. 8. §. 1. D. de vacat. (50. 5.) L. 5. C. ne tutor vel cur. (5. 41.)

655) L. 2. C. quibus man. (10. 55.)

656) L. 4. C. qui dare tut. (5. 34.) §. 14. J. 1. 25.

657) Nov. 123. cap. 5.

658) L. 2. C. de tut. ill. (5. 33.)

659) L. 17. §. 5. D. 27. 1. L. 6. §. 14 u. 16. L. 17. §. 5. D. ibid.

660) Fr. Vat. §. 146. 174. Ueber L. 17. §. 4. D. 27. 1. vergl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 81, 82.

Municipalmagistrate, wie die Duovirn[661]) und Defensoren[662]), und auf die Provinzialmagistrate[663]) und ihr Gefolge[664]). Vorausgesetzt wird indeß dabei, daß solche Aemter im Augenblicke, wo die Vormundschaft deferirt wird, wirklich verwaltet werden. Eine bloße Candidatur zum Amte entschuldigt noch nicht[665]), eben so wenig als eine Dignität ohne Amtsfunctionen[666]), und selbst eine Magistratur, welche erst nach der Uebernahme der Vormundschaft angetreten wird, gibt keine Excusation nicht einmal für die Dauer der Amtszeit[667]). 2) Die Verwaltung der Angelegenheiten des Fürsten oder des Fiscus[668]). Dieß entschuldigt auf die Dauer dieser Verwaltung. Auf Pächter fiscalischer Grundstücke ist diese Excusation bei den Römern niemals bezogen worden[669]), und die für diese Ausdehnung angeführte L. 13. C. qui tut. dare (5. 34.) spricht nicht sowohl von solchen Pächtern fiscalischer Grundstücke, als vielmehr von leibeigenen Colonen. Auf diesen Entschuldigungsgrund läßt sich die Excusation der silentiarii[670]), deren Amt dem der jetzigen Kammerherrn zu vergleichen ist, ferner die der Einnehmer fiscalischer Abgaben (exactores tributorum)[671]) zurückzuführen, und aus dem vorjustinianischem Rechte gehört hierher die Immunität der arcarii Caesariani, welche ihre Banken auf dem Forum Trajan's haben[672]). 3) Die Aufnahme in den geheimen Rath des Fürsten[673]). Ueberhaupt gibt jede Beschäftigung um die Person des Kaisers auch das Recht, bereits übernommene Vormundschaften zu deponiren. 4) Die Senatorwürde. Jeder Reichssenator brauchte im vorjustinianischen Rechte nicht diejenigen Güter zu administriren, welche über zweihundert Meilen von Rom entfernt lagen[674]), und es wurden daher zur Verwaltung solcher Vermögensstücke Specialvormünder aus dem Ritterstande bestellt. Im Justinianischen Rechte sind diese Bestimmungen durch Interpolation auf Byzanz und die Provinzen übertragen worden, so daß sich jeder Reichssenator in Betreff aller Güter entschuldigen kann, welche über hundert Meilen von der Hauptstadt entfernt sind[675]). Außerdem kann jeder Reichssenator die Vormundschaft über Ungenossen,

---

661) L. 6. §. 16. D. 27. 1. L. 17. §. 5. D. ibid.
662) L. 10. §. 4. D. de vacat. (50. 51.)
663) §. 3. J. 1. 25. Ueber das da vorkommende potestatem aliquam habere vergl. Suet. Claud. cap. 23. L. 13. §. 1. D. de iurisd. (2. 1.) L. 52. §. 12. D. de furtis. (47. 2.)
664) L. 12. §. 1. D. 50. 6.
665) L. 23. pr. D. 27. 1.
666) L. 15. §. 2. D. 27. 1.
667) L. 17. §. 5. D. 27. 1.
668) L. 22. §. 1. D. 27. 1. L. 41. pr. D. ibid. §. 1. J. 1. 25. Die zuerst angeführte Stelle spricht ursprünglich von Aemtern, welche der Kaiser besetzt, wie die cura viarum. Vergl. Fr. Vat. §. 136.
669) L. 8. C. 5. 62.
670) L. 25. C. 5. 62. L. 5. C. de silentiariis. (12. 16.)
671) L. 10. C. 5. 62.
672) Fr. Vat. §. 134.
673) L. 30. pr. D. 27. 1., vergl. mit L. 11. §. 2. D. 4. 4.
674) Fr. Vat. §. 147.
675) L. 21. §. 3. D. 27. 1.

nicht aber die über Genossen und deren Kinder ablehnen und niederlegen [676]). Auch Freigelassene von Senatoren, wenn sie Geschäftsführer ihrer Patrone sind, hatten das Privilegium, sich von der Vormundschaft zu entschuldigen [677]). Den Curialen in den Municipalstädten kommen die Privilegien der Reichssenatoren nicht zu statten [678]). Im vorjustinianischen Rechte hatten von ihnen nur die sex primi eine freiwillige Excusation, wenn sie bereits eine Vormundschaft verwalteten [679]). 5) Die frühere Vormundschaft über dieselbe Person. Wer die Vormundschaft über einen Pupillen geführt hat, kann sich von der Curation über ihn entschuldigen [680]). Soweit diese Excusation dem gewesenen Vormund über einen Unmündigen gegen die Vormundschaft über den Minderjährigen gegeben ist, ist sie heutzutage unanwendbar, da die Vormundschaft über den Unmündigen und Minderjährigen nach heutigem Rechte ein und dieselbe ist. 6) Die Abwesenheit im Dienste des römischen Staates [681]), was bei allen Provinzialstatthaltern, kaiserlichen Civil- und Militärbeamten in den Provinzen, Gesandten des römischen Staates und den gesetzlich zum Gefolge dieser Personen gehörigen und gehörig beurlaubten Leuten der Fall ist. Die Excusationsprivilegien solcher Abwesenden lassen sich auf folgende einzelne Punkte zurückführen: a) auf die Befugniß, jede vor der Abwesenheit übernommene Vormundschaft vollständig zu deponiren, wenn der Abwesende über See verreist oder für immer verbannt wird [682]). Wer blos für einige Zeit verbannt wird, oder sonst in Staatsangelegenheiten verreist, genießt dieß Privilegium nicht, nur wird für die Zeitdauer der Abwesenheit ein interimistischer Vormund bestellt [683]), und der ganze Vortheil der Excusation besteht nur darin, daß der Abwesende für die Dauer seiner Abwesenheit vom periculum curationis frei wird [684]). b) Auf die Befugniß, jede während der Abwesenheit [685]), und noch außerdem innerhalb eines Jahres [686]) neu deferirte Vormundschaft auszuschlagen. Dieses Jahr besteht aus zusammenhängenden Tagen und fängt von dem Augenblicke zu laufen an, da der Abwesende zurückgekehrt ist, oder zurückgekehrt sein könnte, wenn er sich nicht unnützerweise oder zu seinen

676) L. 15. §. 2—4. D. 27. 1.

677) Fr. Vat. §. 131. L. 17. §. 1. D. ad mun. (50. 1.) Vgl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 87.

678) L. 22. D. de tut. dat. (26. 5.)

679) Fr. Vat. §. 124.

680) Fr. Vat. §. 188. 200. Paulli sent. rec. II. 27. §. 2. L. 25. D. 26. 5. L. 16. D. 27. 1. L. 20. C. 5. 62. §. 18. J. 1. 25. Theoph. ad h. l. ed. Reitz. tom. I. p. 200.

681) L. 10. pr. D. 27. 1. Vgl. Cuiacius, comm. ad h. l.

682) L. 4. §. 2. D. de minoribus XXV annis. (4. 4.) L. 28. §. 2. u. L. 29. pr. D. 27. 1.

683) Fr. Vat. §. 135. §. 2. J. 1. 25. L. 28. §. 2. D. 27. 1. L. 32. §. 7. D. 26. 7.

684) §. 2. J. 1. 25. L. 10. §. 2. D. 27. 1. L. 1. C. in quibus casibus tut. hab. (5. 36.) Vgl. L. 21. §. 3. D. 26. 5.

685) §. 2. J. 1. 25. Fr. Vat. §. 222. L. 21. §. 3. D. 26. 5.

686) L. 10. pr. §. 1—2. D. 27. 1. §. 2. J. 1. 25. L. 2. C. 5. 62.

Privatzwecken unterwegens aufgehalten hätte[687]). 7) Die Entfernung des Geschäftskreises des Vormundes. Gegen die Administration solcher Güter, die in einer anderen Provinz oder hundert Meilen vom Wohnorte des Vormundes entfernt liegen, kann sich der Vormund excusiren[688]). Auch kann Jedermann, der an einem anderen Orte zum Vormund bestellt wird, als da, wo er wohnt, sich giltig von der Vormundschaft excusiren[689]). Endlich darf Jeder, welcher an seinem Wohnorte zum Vormund bestellt ist, wenn er denselben später mit kaiserlicher Erlaubniß verläßt, und von dem Kaiser zugleich die Erlaubniß zur Deposition erhält, nachdem er in der deßhalb an denselben gerichteten Supplik seiner Vormundschaften Erwähnung gethan, diese niederlegen[690]), obgleich Marezoll[691]) behauptet, daß schon Eines von Beiden hinreiche, Erlaubniß der Migration oder Erwähnung der Vormundschaft im Rescripte, welche Meinung nur aus einem Mißverständnisse der alten lateinischen Uebersetzung des von Modestin herrührenden griechischen Grundtextes entstanden ist. 8) Die priesterlichen Würden. Schon im Heidenthume gewährten gewisse Priesterstellen, welche nicht ohne religiöse Bedenken verlassen werden konnten, eine Excusation von der Vormundschaft, z. B. wer, nach dem Ausspruche des Archigallus, im Hafen für das Wohl des Kaisers opfert[692]), und dasselbe galt von den höchsten priesterlichen Würden in den Provinzen, wie von der Asiarchia, Bithyniarchia, Cappadocarchia, Phoeniciarchia, Lyciarchia, Arabarchia[693]), während der Amtsdauer derer, welche sie bekleideten. Diese Priesterwürden waren zur Zeit der classischen Juristen mit der Verpflichtung verbunden, auf eigene Kosten Spiele und Wettkämpfe zu veranstalten, und selbst, nachdem die heidnische Religion in Verfall gekommen, ist diese Excusation in den Justinianischen Rechtsbüchern noch stehen geblieben, nur mit dem Unterschiede, daß diese Würdenträger bloße Aufseher und Vorsteher der öffentlichen Belustigungen geworden sind, welche sie aus eigenen Mitteln bestreiten mußten. — Von den christlichen Geistlichen haben alle, welche nicht bereits eine nothwendige Excusation haben, nach römisch-Justinianischem Rechte eine freiwillige Entschuldigung[694]), und dieß galt seit einer Constitution Justinian's auch von Bischöfen und Mönchen[695]), welche indeß durch ein spä-

---

687) L. 10. §. 3. D. 27. 1.

688) Fr. Vat. §. 205. L. 10. §. 4. D. 27. 1. L. 21. §. 2. D. ibid. Vgl. L. 19. D. 27. 1. L. 2. C. 5. 62.

689) Fr. Vat. §. 203. 241. L. 46. §. 2. D. 27. 1.

690) L. 10. §. 4. D. 27. 1.

691) Im Archiv für civil. Praxis, Th. 8, S. 266. Dagegen Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 76.

692) Fr. Vat. §. 148.

693) L. 6. §. 14. D. 27. 1. Fr. Vat. §. 179. Vgl. L. 1. C. de liberis nat. (5. 27.) Schriftsteller: Vertranius Maurus, de iure liberorum cap. 37, u. Jac. Gothofredus ad L. 1. Th. C. de praed. senat. u. ad L. 2. Th. C. de expens. tud. u. parat. ad Th. C. XVI. 10.

694) L. 52. C. de episcopis et clericis. (1. 3.) Nov. 123. c. 5. Vgl. Rudorff a. a. O. Th 2, S. 105—110.

695) L. 52. C. 1. 3.

teres Gesetz desselben Kaisers geradezu für unfähig zur Uebernahme der Vormundschaft erklärt wurden[696]). Die Zulässigkeit der anderen Geistlichen ward zugleich überhaupt nur auf die Vormundschaften beschränkt, zu deren Uebernahme sie durch die Cognation verpflichtet sind. Im heutigen Rechte ist die Excusation aller Mönche und Geistlichen, mit Einschluß der Bischöfe eine freiwillige geworden, da Gratian nur die frühere Constitution Justinian's[697]) in sein Decret aufgenommen und das spätere Gesetz desselben Kaisers ganz übergangen hat. 9) Eine gewisse Anzahl von Vormundschaften in einem und demselben Hause. Nach dem Justinianisch-römischen Rechte befreien nämlich drei Vormundschaften, welche in Einem Hause zusammentreffen, von der Uebernahme der vierten[698]), und nur wenn das zu bewirthschaftende Vermögen sehr groß, und die Verwaltung desselben sehr verzweigt ist, reicht schon eine einzige Vormundschaft zur Excusation von der zweiten hin[699]). Gleichgiltig ist es dabei, ob die Vormundschaften Tutelen oder Curationen sind[700]). Auch wird nicht erfordert, daß eine und dieselbe Person jene drei Vormundschaften führe, vielmehr genügt die Anhäufung derselben in Einem römischen Hause (domus, caput, familia). Wenn also der Hausvater oder der Hausſohn oder sonst Jemand aus dem Hause drei Vormundschaften führt, oder wenn auch verschiedene Glieder desselben Hauses zusammengenommen nur drei Tutelen verwalten, so kann keinem Mitgliede desselben eine vierte aufgebürdet werden[701]), und in die Zahl der drei Vormundschaften wird sogar die eingerechnet, welche der Vater über seine emancipirten Kinder führt[702]). Besondere Voraussetzungen dieses Excusationsgrundes sind folgende: a) jede der Vormundschaften muß ein besonderes, getrenntes Vermögen haben. Daher gilt das ungetheilte Vermögen dreier und mehrerer fratres consortes allemal nur für Eine Vormundschaft[703]). b) Das Vermögen einer jeden Vormundschaft muß wenigstens nicht unansehnlich sein[704]). c) Jede der einzelnen Vormundschaften muß mit der Verwaltung verknüpft sein. Daher tutelae honorariae nicht in die Zahl der drei Vormundschaften eingerechnet werden können[705]). d) Die Vormundschaften müssen bereits begonnen haben, auch noch nicht beendigt sein[706]). Aus diesem Grunde kann auch eine solche

696) Nov. 123. c. 5.

697) C. 40. C. 16. qu. 1. Vgl. c. 26. D. 86., c. 1. C. 21. qu. 3. u. c. 14. D. 88. Dieser Meinung sind auch van Espen, J. eccl. univ. P. 1. tit. 2. c. 6. §. 6, und Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 31, S. 319—325.

698) Fr. Vat. §. 125. 190. L. 3. u. 4. pr. D. 27. 1. §. 5. J. 1. 25. Theoph. ad. h. l. ed. Reitz. tom. I. p. 192.

699) L. 31. §. 4. D. 27. 1.

700) L. 2. §. 9. D. 27. 1. Fr. Vat. §. 125.

701) Fr. Vat. §. 190. L. 5. D. 27. 1. L. 4. §. 1. D. ibid.

702) Fr. Vat. §. 189. 210. L. 15. §. 10. D. 27. 1.

703) Fr. Vat. §. 186. L. 3. D. 27. 1. L. 31. §. 4. D. ibid. §. 5. J. 1. 25. Theoph. l. c. tom. I. p. 192.

704) L. 17. pr. D. 27. 1. L. 31. §. 3. D. ibid.

705) L. 15. §. 9. D. 27. 1.

706) Fr. Vat. §. 126. L. 17. pr. D. 27. 1. L. 8. §. 10. D. ibid. L.

Vormundschaft nicht eingerechnet werden, welche zwar noch nicht beendigt ist, aber in höchstens einem halben Jahre beendet sein wird[707]). e) Die Vormundschaften müssen nicht affectatae sein, d. h. solche, welche Jemand geflissentlich gesucht, oder von welchen er sich, da er es doch konnte, nicht entschuldigt hat[708]), was der Vermuthung nach wohl namentlich bei kleinen Vormundschaften der Fall ist, welche man gern annimmt, um die Excusation zu erwerben[709]). 10) Die Krankheiten des Körpers und des Geistes. Sie gewähren in allen Fällen eine hinreichende Entschuldigung, wenn sie bedeutend genug sind, um den Ernannten an der Führung seiner eigenen Geschäfte zu hindern[710]). Als Beispiele solcher Krankheiten werden in den römischen Rechtsquellen aufgeführt: Wahnsinn[711]), dauernde körperliche Mängel, wie Blindheit, Taubheit, Stummheit[712]), Gicht, Epilepsie, Krätze u. s. w. Andere Krankheiten und körperliche Mängel, wie Podogra und Einäugigkeit gewähren nur eine bedingte Excusation[713]), und es bleibt mithin im concreten Falle dem Urtheile des Richters überlassen, zu beurtheilen, ob ein derartiger Mangel zur Excusation hinreicht oder nicht[714]). Harthörige und Spadonen können die Excusation gar nicht beanspruchen[715]). Zum Beweise der Krankheit bedarf es in der Regel des Augenscheins von Seiten des Magistrates, doch werden auch ärztliche Zeugnisse genügen. Die Wirkung der genannten Gebrechen besteht darin, daß sie nicht blos von deferirten, sondern auch von bereits geführten Vormundschaften frei machen[716]). Die Dauer der Excusation hängt von der Dauer der Krankheit ab[717]). An die Stelle des Excusirten wird interimistisch ein anderer Vormund ernannt, dessen Amt ebenfalls von der Dauer der Vacation abhängt[718]). 11) Das hohe Alter. Unter diesem Ausdrucke hat man in dieser Lehre das zurückgelegte siebzigste Jahr zu verstehen[719]). Den Beweis des Alters hat auch hier wie immer der Excusant zu führen, und dieser kann sich zu diesem Zwecke nicht allein der Zeugen, sondern auch der Pädographien als Beweismittel bedienen[720]).

---

un. C. 5. 69. Ueber L. 31. pr. u. §. 3. D. 27. 1. vgl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 65—68.

707) L. 17. pr. D. 27. 1.

708) Fr. Vat. 188. §. 5. J. 1. 25.

709) L. 15. §. 15. D. 27. 1. L. un. C. 5. 69. §. 5. J. 1. 25.

710) Fr. Vat. §. 129. §. 7. J. 1. 25. L. 10. §. 8. D. 27. 1. L. 11. u. L. 40. pr. D. ibid.

711) L. un. C. qui morbo. (5. 67.) L. 10. §. 8. L. 12. pr. D. 27. 1. Fr. Vat. §. 238.

712) Fr. Vat. §. 130. 238. L. 40. pr. D. 27. 1. L. un. C. 5. 67. Vgl. L. 1. §. 2 u. 3. D. 26. 1. L. 17. D. ibid. L. 10. §. 1. D. 26. 3.

713) Fr. Vat. §. 239. L. 9. C. 5. 62.

714) Fr. Vat. §. 239.

715) L. 11. D. de legit. tut. (26. 4.) L. 15. pr. D. 27. 1. L. 1. C. 5. 62.

716) Fr. Vat. 238. 239. L. 11. u. L. 40. pr. L. 45. §. 4. D. 27. 1.

717) L. 12. pr. D. 27. 1.

718) L. 10. §. 8. D. 27. 1.

719) §. 13. J. 1. 25. L. 2. pr. D. 27. 1.

720) L. 2. §. 1. D. 27. 1.

Von bereits übernommenen Vormundschaften befreit dieses Alter nicht[721]). 12) Die Armuth, wodurch die Thätigkeit des Ernannten völlig für die eigene Subsistenz in Anspruch genommen wird[722]). 13) Der Mangel an Bildung, welche den Vormund unfähig macht, die vormundschaftlichen Geschäfte zu führen[723]). Die römischen Rechtsgelehrten bezeichnen diesen Mangel in der Regel mit dem Namen rusticitas[724]), und heben in dieser Kategorie namentlich das litteras nescire hervor, d. h. die Unkunde des Lesens und des Schreibens. 14) Domesticae lites, worunter man jedenfalls Prozesse zu verstehen hat, in welche der ernannte Vormund durch die Verwaltung der Vormundschaft mit seiner Familie, seinen nächsten Cognaten und Affinen verwickelt werden würde[725]). 15) Eine Anzahl von Kindern, drei, vier und fünf, je nachdem von einem Römer oder einem Italiener oder einem Provinzialen die Rede ist[726]). Diese Bestimmung ist nicht aus der Betrachtung hervorgegangen, daß für einen Vater von einer solchen Anzahl Kinder die Vormundschaft eine zu beschwerliche unbillige Last sein würde, sondern sie stützt sich auf ein Privilegium, welches mit dem ius liberorum zusammenhängt[727]) und in den römischen Rechtsquellen nicht der lex Iulia und Papia Poppaea[728]), sondern kaiserlichen Constitutionen zugeschrieben wird[729]). Die speciellen Erfordernisse, von welchen diese Excusation abhängt, sind folgende: a) Es müssen leibliche Kinder sein[730]). Daher befreien weder Adoptivkinder von der Uebernahme der Vormundschaft, noch das vom Kaiser durch specielles Privilegium erworbene ius liberorum[731]). b) Es müssen iusti liberi sein[732]). Zunächst ward dieß Erforderniß in einem Rescripte der Divi Fratres hervorgehoben, und es entstand ein Streit darüber, ob man den Begriff auf die lex Iulia und Papia Poppaea beziehen oder nach dem alten Civilrechte[733]) erklären sollte, bis man sich endlich allgemein für die letzte Ansicht entschied. Bei Junianischen Latinen, welchen man ebenfalls diese Entschuldigung gestattete, kam dieses

721) Fr. Vat. §. 238.

722) Fr. Vat. §. 185. 240. L. 7. D. 27. 1. L. 40. §. 1. D. ibid. §. 6. J. 1. 25. In einigen Stellen wird die Armuth mit dem Namen mediocritas bezeichnet. Fr. Vat. §. 244. L. 6. §. 9. D. 27. 1.

723) Fr. Vat. §. 244. L. 6. §. 9. D. 27. 1. §. 8. J. 1. 25. Theoph. ad h. l. tom. I. p. 194.

724) Vergl. Mühlenbruch, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 2, S. 446 flg.

725) Fr. Vat. §. 244. L. 23. C. 5. 62.

726) Fr. Vat. §. 191. 192. 247. pr. J. 1. 25. L. 2. §. 2—8. D. 27. 1. L. 1. C. qui numero lib. (5. 66.) Vgl. Heineccius, comm. ad legem Iuliam et Papiam Poppaeam II. 8.

727) L. 5. §. 2. D. de iure immunitatis. (50. 6.) Fr. Vat. §. 247.

728) Diesem Gesetze schreibt Heineccius a. a. O. diese Excusation zu, indem er sich stützt auf inscr. L. 18. D. 27. 1. L. 16. D. 22. 1. L. 147. D. 50. 16. Vgl. Fr. Vat. §. 197.

729) Fr. Vat. §. 247.

730) Fr. Vat. §. 196.

731) Fr. Vat. §. 170.

732) Fr. Vat. §. 168. L. 2. §. 3. D. 27. 1.

733) Fr. Vat. §. 168, vergl. mit Collatio leg. Mos. 16. 3.

Erforderniß begreiflicher Weise in Wegfall [734]). Daß die Kinder in der väterlichen Gewalt stehen, ist nicht erforderlich, da auch emancipirte mitgezählt werden [735]). c) Es müssen Kinder des ersten Grades sein. Enkel gewähren dem Großvater nur insofern die Excusation, als sie Sohneskinder sind [736]), als sie an die Stelle ihres verstorbenen Vaters rücken [737]), und mithin sämmtliche Enkel von einem verstorbenen Kinde zusammengenommen nur für einen einzigen Kopf zählen. d) Die Kinder müssen zur Zeit der Delation der Vormundschaft am Leben sein [738]). Daher zählen auf der einen Seite Ungeborene nicht mit, auf der anderen werden die bereits gestorbenen Kinder nicht mitgerechnet, mit Ausnahme der im Kriege Gefallenen, worunter man nach der in den Justinianischen Rechtsbüchern angenommenen Erklärung nur gerade die zu verstehen hat, welche in der Schlacht gefallen sind [739]). 16) Die ehrenvolle Entlassung aus dem Militärdienste nach vollständig abgehaltener Dienstzeit [740]). Dieß gewährt eine vollständige Excusation für immer, ausgenommen bei der Vormundschaft über Kameradenkinder, von denen jeder Veteran wenigstens Eine zu übernehmen hat [741]), und die er nur innerhalb des ersten Jahres vom ehrenvollen Abschied an gerechnet zurückzuweisen berechtigt ist [742]). In der älteren Zeit war der Kriegsdienst auf dreißig Jahre festgestellt, und späterhin an deren Statt eine Frist von zwanzig Jahren gesetzt [743]); bei Reitern wird eine kürzere, bei Seesoldaten eine längere Dienstzeit erwähnt. Wird Jemand vor der gesetzlichen Dienstzeit des Soldateneides entbunden, so hat er nur eine temporalis excusatio, welche sich nach der Dauer des Dienstes richtet, dergestalt, daß er, wenn er noch nicht fünf Jahr gedient hat, gar keine Vacatio beanspruchen kann; wenn er fünf bis acht Jahr diente, eine einjährige, wenn acht bis zwölf Jahr, eine zweijährige, wenn zwölf bis sechszehn Jahr, eine dreijährige, wenn sechzehn bis zwanzig Jahr, eine vierjährige [744]). Daß sich das Privilegium auch auf ausgediente Officiere bezog, kann heutzutage nach dem Zeugnisse der Vaticanischen Fragmente [745]) nicht mehr bezweifelt werden, wenn schon es gewiß ist, daß die Mission, die römische

734) Fr. Vat. §. 193. 194.

735) Pr. J. 1. 25.

736) Fr. Vat. §. 198. L. 2. §. 7. D. 27. 1. Pr. J. 1. 25. Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 140.

737) L. 2. §. 7. D. 27. 1. L. 2. C. 5. 66.

738) L. 2. §. 4. D. 27. 1. Pr. J. 1. 25. Vgl. L. 2. §. 3. L. 14. pr. D. de vacat. (50. 6.)

739) §. 1. J. 1. 25. L. 18. D. 27. 1. Fr. Vat. §. 199.

740) L. 8. D. 27. 1. Fr. Vat. §. 140.

741) L. 8. pr. u. §. 10. D. 27. 1. L. 2. C. de excusationibus veteranorum (5. 65.), vergl. mit L. 8. §. 1. D. 27. 1.

742) L. 8. pr. D. 27. 1.

743) L. 1. C. 5. 65. L. 3. C. de his, qui non impletis. (10. 54.) L. 1. Theod. C. de tiron.

744) Fr. Vat. §. 177. L. 8. §. 3. D. 27. 1. L. 1. C. 5. 65.

745) Fr. Vat. §. 145. 222. Vergl. Cuiacius, ad Afric. tract. IV. ad L. 21. D. de test. mil. u. Schulting, notae ad L. 21. cit. tom. V. ed. Small. p. 116.

Verabschiedungsform sich nur auf Gemeine beschränkte und nicht auf Officiere bezog[746]). Im vorjustinianischen Rechte hatten wohl auch active Officiere nur eine freiwillige Excusation[747]), im Justinianischen Rechte, welches alle Soldaten für unfähig zur Uebernahme von Vormundschaften erklärt, ist sie zur nothwendigen geworden. Auch die inquilini castrorum, und solche, welche ohne Soldaten zu sein, doch im Lager um Sold dienen[748]), genießen nach Justinianischem Rechte eine Excusation. 17) Das Amt der Primipilaren in der römischen Legion, worunter man sich das Amt der Proviantverwalter in der Armee zu denken hat[749]). Während der Dauer des Amtes ist der Primipilar von allen Vormundschaften frei, und nach Beendigung desselben hat er ebenfalls das Privilegium, er braucht nämlich dann keine Vormundschaft über Kinder von Ungenossen zu verwalten[750]). Tritt er später in sein Amtsverhältniß wieder ein, so deponirt er auch die Vormundschaft über Collegenkinder[751]). 18) Die Athleten oder Kämpfer, welche in den feierlichen Wettspielen den Preis errungen haben, haben eine Excusation von allen Vormundschaften[752]). 19) Die Eigenschaft als Mitglied einer Corporation, welcher das Recht der Excusation von Vormundschaften als Privilegium ertheilt worden ist[753]). Dieß kann nicht allein bei gewissen Zünften, sondern auch bei gewissen städtischen Gemeinden der Fall sein, wie z. B. Antoninus Pius der Stadt Ilium, theils wegen ihrer Berühmtheit, theils wegen ihrer Verwandtschaft mit dem römischen Staate dieß Privilegium verliehen hat[754]). Bei Collegien wird das Privilegium nicht vermuthet, und ist auch nicht in der Ertheilung der allgemeinen Immunität enthalten[755]). Von den Zünften, welche in den römischen Rechtsquellen, als in dieser Beziehung privilegirt genannt werden, gehören hierher folgende: die fabri, wenn sie arm sind[756]); die naviculariі, mit Einschluß der anabolicarii, welche zunächst wohl nur für die Befrachtung der Schiffe zu sorgen hatten, doch mit der ausdrücklichen Einschränkung, daß die Excusation nicht gegen Kinder von Zunftgenossen geltend gemacht werden kann[757]); die mensores frumentarii[758]); die urbici pistores, wenigstens eine bestimmte Zahl von ihnen[759]), und nach vorjustinianischem Rechte alle Innungen Roms, welche auf dem forum suarium Geschäfte treiben, vorausgesetzt, daß sie

---

746) L. 21. D. de testam. mil. (29. 1.)
747) Fr. Vat. §. 145. 222.
748) L. 17. §. 7. L. 23. §. 1. D. 27. 1.
749) Theod. Hermopol. IX. 9. Gloss. Basil. s. v. *πριμιπίλουμ*. Cod. de primipilo. (12. 63.)
750) Fr. Vat. §. 141. 143. 178. 180. L. 8. §. 12. D. 27. 1.
751) L. 10. §. 5. D. 27. 1.
752) L. 6. §. 13. D. 27. 1. Vgl. L. un. C. de athletis. (10. 53.)
753) L. 17. §. 1—3. D. 27. 1. L. 26. D. ibid.
754) L. 17. §. 1. D. 27. 1.
755) L. 17. §. 3. D. 27. 1.
756) L. 17. §. 2. D. 27. 1.
757) L. 24. C. 5. 62., vergl. mit L. 17. §. 6. D. 27. 1. Fr. Vat. §. 137.
758) L. 26. D. 27. 1.
759) L. 46. §. 1. D. 27. 1., vergl. mit Fr. Vat. §. 233. 235. 237.

zwei Drittheile ihres Vermögens in ihrem Gewerbe angelegt haben, und dieß durch ein Zeugniß des praefectus annonae bescheinigen [760]), und die decuriales der Stadt Rom, worunter man Innungen von Canzleypersonen zu verstehen hat, die letzteren mit der Einschränkung, daß sie von der Excusation bei der Vormundschaft über die Kinder von Condecurialen keinen Gebrauch machen können [761]). Die zuletzt genannten zwei Corporationen genießen indeß dieß Privilegium nach den Justinianischen Rechtsquellen nicht mehr. Im Zweifel erstreckt sich die an die Zünfte verliehene Excusation auf die Vormundschaft über die an demselben Orte domicilirten Kinder der Corporationsgenossen [762]), da eine derartige Auslegung eines neuen Privilegiums bedarf [763]), wie ein solches der Bäckerinnung in Rom ausdrücklich verliehen worden ist. Die Frage, welche Corporationen heutzutage das Privilegium der Excusation haben, ist nicht aus dem römischen, sondern aus dem teutschen Rechte zu beantworten. 20) Ein öffentliches wissenschaftliches Lehramt und Bestallung als Arzt [764]). Vorausgesetzt indeß, daß die betreffenden Personen in ihrer Vaterstadt als Lehrer angestellt sind oder medicinische Praxis treiben [765]), und daß sie in die bestimmte Zahl öffentlicher Lehrer und Aerzte, welche in Hinsicht der Hauptstädte durch eine Constitution von Theodos II. und Valentinian III., hinsichtlich der übrigen Städte aber durch eine epistola von Antoninus Pius näher bestimmt, und nach der Größe der Stadt und den Gegenständen des Unterrichtes verschieden war, ausdrücklich aufgenommen werden [766]). Die Aufnahme in diese Zahl geschah durch ein Decret des Municipalsenates, welcher die Zahl zwar vermindern, aber nicht vermehren konnte. Nur bei ausgezeichneten und berühmten Lehrern machte man eine Ausnahme, da diese, auch wenn sie nicht zur Zahl der Privilegirten gehörten und an einem fremden Orte fungirten, dennoch in ihrem Vaterlande von der Uebernahme der Vormundschaften frei waren [767]). Unter den angestellten Lehrern werden namentlich folgende genannt: grammatici, d. h. Professoren der lateinischen und griechischen Sprache und Literatur; oratores, rhetores, sophistae, d. h. Lehrer der Eloquenz, namentlich der gerichtlichen Beredtsamkeit [768]); iuris civilis professores, d. h. Rechtslehrer in Rom [769]), während die in den Provinzen nicht privilegirt sind [770]), und die philosophi, auch wenn sie nicht in die geschlossene Zahl der Privilegirten aufgenommen worden sind [771]), wofern sie nur fleißig

760) Fr. Vat. §. 236. 237. Dahin gehören die suarii, porcinarii, boarii, peruarii.
761) Fr. Vat. §. 142.
762) L. 41. §. 3. L. 42. D. 27. 1.
763) L. 46. §. 1. D. 27. 1. Fr. Vat. 235. 237.
764) L. 6. §. 1—12. D. 27. 1. §. 15. J. 1. 25. Fr. Vat. §. 149.
765) L. 6. §. 9 u. 11. D. 27. 1.
766) L. 6. §. 2—4. D. 27. 1. L. un. C. de stud. lib. urb. Rom. (11. 18.)
767) L. 6. §. 10. D. 27. 1.
768) L. 6. §. 1. 2. 5. 8. D. 27. 1. Fr. Vat. §. 149. §. 15. J. 1. 25.
769) L. 6. §. 12. D. 27. 1.
770) Fr. Vat. §. 150.
771) L. 6. §. 5. 7. 8. 11. D. 27. 1. Fr. Vat. §. 149.

Unterricht ertheilen und durch ihr Betragen zeigen, daß sie auf äußere Güter keinen Werth legen [772]). Hiermit schließt sich der Kreis der privilegirten studia liberalia, und von Lehrern anderer Zweige des Wissens kann die Excusation nicht beansprucht werden. Poesie und Mathematik sind schon zeitig ausgeschlossen worden [773]). Nach der heutigen Praxis haben alle ordentlichen Lehrer bei Schulen, Gymnasien und Universitäten wenigstens gegen Vormundschaften über Kinder von Ungenossen eine Excusation. 21) Excusiren kann sich der, welchen der Vater des Pupillen aus Feindschaft, um ihm eine Last aufzubürden, zum Vormund bestellt hat [774]). 22) Prozesse zwischen dem ernannten Vormund und dem Mündel über Gegenstände, welche den wichtigsten Bestandtheil des Mündelvermögens bilden, und über Erbschaften [775]). 23) Das Zusammentreffen mehrerer unvollständigen Excusationsgründe in einer Person bildete im porjustinianischen Rechte nach der Meinung Einiger einen wahren Excusationsgrund [776]), welcher indeß im Justinianischen Rechte ausdrücklich verworfen worden ist [777]).

Am Schlusse dieser Abhandlung sind noch einzelne besondere Curationen genauer zu erörtern.

1) Cura furiosi [778]). Diese Curation hat ihre Quelle im Zwölftafelgesetze, welches sie als eine potestas der Agnaten und Gentilen über die Person und pecunia des Pflegbefohlenen darstellt [778a]). Die Erfordernisse, unter welchen sie eintritt, ist erstens eine bestimmte Art Gemüthskrankheit (furor), zweitens ein bestimmtes Alter. In Betreff des ersten Erfordernisses nimmt man gewöhnlich einen Unterschied zwischen furor und dementia an [779]), und erklärt das letzte Wort vom stillen Wahnsinn, das erstere von einer Geistesverwirrung, welche mit Ausbrüchen von Wuth und Raserei verbunden ist. Doch scheint der Begriff des furor richtiger in Betreff der Curation so bestimmt werden zu müssen, daß man darunter die völlige Zerrüttung des Geistes versteht, gleichviel, ob sie

772) L. 6. §. 7. D. 27. 1. Vergl. L. 8. §. 4. D. de vacat. (50. 5.) L. 6. C. de mun. patrim. (10. 41.) L. 1. §. 4. D. de extraord. cognit. (50. 13.)

773) Vat. fr. §. 150. L. 3. C. de profess. (10. 52.)

774) L. 6. §. 17. D. 27. 1. §. 9. J. 1, 25.

775) L. 21. pr. D. 27. 1. §. 4. J. 1. 25., vergl. mit L. 16. u. 21. C. 5. 62. Vat. fr. §. 139. L. 20. D. 27. 1.

776) L. 15. §. 11. D. 27. 1.

777) L. 15. §. 11. D. 27. 1. L. un. C. qui numero tut. (5. 69.)

778) Literatur: Leyser, de curatore furiosi med. ad Pand. spec. 347. von Bergk, über die mit der Vormundschaft über Gemüthskranke verbundenen Rechte und Obliegenheiten in den jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle, Nr. XIX, S. 219. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 33, S. 200—310. Rudorff, das Recht der Vormundschaft, Th. 1, S. 118—128.

778a) Cic. de invent. II. 50., Tusc. quaest. III. 5., de rep. III. 33. Auctor ad Herennium I. 13. Ulp. fr. 12. 2. §. 3. J. de curat. (3. 23.) L. 3. pr. D. 26. 1. L. 13. D. de curat. furiosi. (27. 10.) Vergl. Dirksen, Zwölftafelfragmente, S. 369—380.

779) L. 6. D. 27. 10. L. 8. §. 1. D. 26. 5. L. 28. §. 1. C. 5. 37. L. 25. C. de nuptiis. (5. 4.) L. 28. C. de episcopali aud. (1. 4.)

dauernd oder vorübergehend und mit lichten Zwischenräumen verbunden ist[780]). Weiter ging die spätere Praxis, welche auch alle Geistesschwachen (mente capti, fatui, dementes) unter eine Dativcuratel stellte[781]). Die Untersuchung über das Vorhandensein des furor liegt dem Prätor ob[782]), und es wird ihm dabei namentlich zur Pflicht gemacht, darauf zu sehen, daß vom Curanden der furor nicht blos fingirt werde in der Absicht, sich den öffentlichen Lasten zu entziehen. Das andere Erforderniß der Curation, ein gewisses Alter, beruht auf der Rechtsdoctrin, welche zunächst auf die Auctorität des Quintus Mucius und Julianus hin eine besondere Curation nicht zuließ, falls der Wahnsinnige schon seines Alters halber in der Pupillentutel stand[783]), und als späterhin auch noch die cura minorum hinzutrat, wurde das Nämliche auch für diese Gattung von Vormundschaften angenommen[784]), und so ist es für das Pandektenrecht allgemeine Regel geworden, auf den beziehe sich die cura furiosi und mente capti nicht, welcher schon seines Alters halber unter Tutel oder Curatel stehe. Das Geschlecht macht in Betreff der Curation keinen Unterschied, da zweifelsohne auch Frauen darunter stehen[785]). — Die Dauer der Curation bestimmt sich nach der Dauer der Krankheit. Daher erlischt sie von selbst (ipso iure), wenn der Wahnsinn oder der Blödsinn aufhört, ohne daß es dazu eines Decretes der Obrigkeit bedarf[786]). Falls die Geisteskrankheit intermittirend ist, bleibt wegen der Ungewißheit der wirklichen Herstellung und wegen der nie ganz aufgehobenen Möglichkeit eines Rückfalles nach einer besonderen Verfügung Justinian's der Curator bis zum Tode des Pflegbefohlenen im Amte[787]), doch muß sich derselbe während der lichten Zwischenräume aller Amtshandlungen enthalten, und hat mithin nur den Namen eines Curators, während der Pflegbefohlene für diese Zeit nicht allein Erbschaften antreten, sondern auch alle Rechtsgeschäfte so giltig wie jeder Andere, welcher seines Verstandes mächtig ist, abschließen kann.

2) Cura prodigi[788]). An die cura über Wahnsinnige schließt sich die über gerichtlich erklärte Verschwender. Sie beruht zunächst auf

---

780) Cic. Tusc. quaest. III. 5. L. 14. pr. D. de off. praes. (1. 18.) L. 20. §. 4. D. qui testam. facere. (28. 1.) L. 6. C. 5. 70. L. 9. C. qui testam. facere poss. (5. 22.)

781) §. 4. J. 1. 23. L. 1. §. 11. u. L. 2. D. de postulando. (3. 1.) L. 19. §. 1. D. de rebus auctor. ind. possid. (42. 5.)

782) L. 6. D. 27. 10.

783) L. 3. pr. D. 26. 1.

784) L. 3. §. 1. D. 26. 1. L. 1. C. 5. 70. §. 3. J. 1. 23.

785) L. 1. §. 10. L. 2. D. 3. 1. L. 8. §. 3. D. 26. 5. L. 4. D. 27. 10. L. 15. §. 1. D. ibid. L. 4. C. 5. 70.

786) L. 1. pr. D. 27. 10.

787) L. 6. C. 5. 70.

788) Literatur: Hoppe, Versuch, die Lehre von juridischen Verschwendern systematisch zu bearbeiten. Darmstadt 1803. Wael, diss. de prodigis, Groening. 1806. Wickerling, de cura prodigorum secundum principia iuris Romani et hodierni, L. B. 1821. Gesterding, über die cura prodigi, in dessen Ausbeute von Nachforschungen, Th. 1, Nr. 2, S. 47—70. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 33, S. 181 flg. Rudorff, die Lehre von der Vormundschaft, Th. 1, S. 129—141.

dem Grundsatze, daß einem Verschwender das Commercium und die Administration des eigenen Vermögens durch den Magistrat gänzlich verboten werden könne, und dieser Grundsatz schreibt sich aus dem Gewohnheitsrechte her und der Gerichtspraxis, welches sogar über die Zeit der zwölf Tafeln hinauf reicht[789]). Diese Interdiction bestätigte das Zwölftafelgesetz und verfügte zugleich, daß solche Personen unter der Curation ihrer Agnaten, und wahrscheinlich auch ihrer Gentilen, stehen sollten[790]), und in späteren Zeiten hat sich für solche Fälle, in welchen dieß Gesetz und seine Interpretation die gesetzliche Curation ausgeschlossen, wie bei Libertinen und solchen Freigeborenen, welche ihren Vater nicht ab intestato beerbt haben, oder in welchen dieselbe wegen Unfähigkeit des gesetzlichen Vormundes nicht wirksam werden konnte, zur Aushilfe eine Dativcuratel gebildet[791]). Die Erfordernisse der Curatel sind folgende: a) es muß ein Verschwender (prodigus, eversor) da sein. Die römischen Rechtsquellen bestimmen diesen Begriff so, daß dazu nicht allein eine Verwendung des Vermögens auf unnütze Dinge, oder eine Contrahirung von Schulden zu diesem Zwecke, sondern auch ein Mißverhältniß zwischen diesen Ausgaben und dem Capital des Vermögens gehört, dergestalt, daß dieß letztere über kurz oder lang consumirt werden würde, wenn man jener unverständigen Administration nicht Einhalt thäte[792]). Das Geschlecht des Curanden ist gleichgiltig, da auch Frauen unter dieser Curatel stehen[793]). b) Der Verschwender muß als solcher gerichtlich anerkannt und ihm die Verwaltung seines Vermögens durch die Obrigkeit entzogen sein[794]). Das Recht zu einer solchen Prodigalitätserklärung steht nach Justinianischem Rechte in Rom dem Prätor und praefectus urbi, in den Provinzen den Statthaltern derselben zu[795]), und in Teutschland ist dazu jedes Civilgericht befugt. Die Erklärung selbst erfolgt nur auf den Antrag der nächsten Cognaten und Affinen[796]) oder sonstigen Interessenten, und zwar mit den Worten: quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi tua re commercioque interdico[797]). Dieses Urtheil heißt

---

789) L. 1. pr. D. 27. 10. Paull. S. R. III. 4. A. §. 7. Vgl. Cic. de sen. c. 7.

790) L. 1. pr. D. 27. 10., vergl. mit Ulp. fr. 12. 2. L. 13. D. 27. 10. §. 3. J. 1. 23.

791) Ulp. fr. 12. 3. §. 3. J. 1. 23. L. 1. pr. u. L. 13. D. 27. 10.

792) L. 1. pr. D. 27. 10. Qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profundit. Paull. S. R. III. 4. A. §. 7. In der Interdictionsformel heißt es: quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis. Vgl. L. 12. §. 2. D. 26. 5.

793) Paulli S. R. III. 4. A. §. 6. L. 15. D. 27. 10.

794) L. 10. pr. D. 27. 10. L. 18. pr. D. 28. 1. §. 2. J. quibus non est permiss. (2. 12.)

795) §. 2. J. 1. 23. L. 1. pr. D. 27. 10.

796) Auch im römischen Rechte finden sich Spuren dieser Postulation. L. 12. §. 2. D. 26. 5. Val. Max. VIII. 6. In L. 1. pr. D. 27. 10. ist diese Postulation hinzuzudenken.

797) Paull. S. R. III. 4. A. §. 7.

in der Kunstsprache interdictum [798]), und hat die Wirkung, daß der Verschwender die deminutio oder das ius in bonis, d. h. das Recht Veräußerungen vorzunehmen, verliert [799]), mithin nicht giltig zahlen, transigiren, Eide antragen kann [800]), daß er ferner nicht giltig Promissionen leisten, also sich nicht verbürgen, auch nicht iudicia übernehmen darf [801]), und daß er endlich das Commercium und, was als Theil desselben angesehen wird, die testamenti factio verliert [802]). Weiter aber erstrecken sich die Wirkungen der Interdiction nicht; daher kann der erklärte Verschwender für sich erwerben, sich bereichern, sich etwas versprechen lassen, Schenkungen annehmen, zum eigenen Vortheile Novationen eingehen, Erbschaften antreten u. s. w. [803]) Und wenn Pomponius dem Verschwender den Willen abspricht [804]), und die Kaiser Diocletian und Maximian den Zustand desselben mit dem des Minderjährigen, welcher einen Curator hat, vergleichen [805]), so versteht es sich von selbst, daß solche Aeußerungen unter den angegebenen Beschränkungen nur von der Deminutio, der Promission und dem Commercium verstanden werden können. c) Der Verschwender muß großjährig sein. Schon die nahe Verbindung der vorliegenden Curation mit der über den Wahnsinnigen [806]) deutet darauf, daß man zeitig das Zwölftafelgesetz hier auf ähnliche Weise, wie dort, gedeutet haben werde, und für das classische Recht steht die Regel fest, daß wer schon seines Alters wegen unter Tutel oder Curatel steht, nicht besonders wegen Prodigalität bevormundet werden könne [807]). — Ist die Curation einmal angeordnet, so dauert sie so lange fort, bis ein Grund eintritt, welcher ihr Erlöschen herbeiführt. Ob dieß schon durch die Veränderung der Lebensweise und der Annahme einer häuslicheren Wirthschaft hervorgebracht werde, ist nach den Ansichten der neueren Rechtsgelehrten ungewiß, von denen Donellus [808]) für diese Meinung sich ausspricht, indem er sich auf mehrere allgemein sprechende Stellen der classischen Rechtsgelehrten bezieht [809]), während Andere zum Erlöschen der Curation noch ein Decret des Prätors, welches die Interdiction aufhebt, verlangen [810]), und gerade dieß in den betreffenden Stellen der alten Classiker hinzudenken.

---

798) Horat. Sat. II. 3. vs. 217.

799) L. 10. pr. D. 27. 10., vergl. mit L. 3. C. de in integrum rest. (2. 22.) L. 26. D. de C. E. (18. 1.) L. 6. D. 45. 1.

800) L. 29. D. de cond. ind. (12. 6.) L. 35. §. 1. D. de iureiur. (12. 2.)

801) L. 6. D. 45. 1. L. 9. §. 7. D. de R. C. (12. 1.) L. 18. §. 2. D. de castr. pecul. (49. 17.)

802) Paull. S. R. III. 4. A. §. 7 u. 12. Ulp. fr. 20. 13. L. 18. pr. D. 28. 1. §. 2. J. 2. 12.

803) L. 9. §. 7. D. 12. 1. L. 6. D. 45. 1. L. 3. D. de novat. (46. 2.)

804) L. 40. D. de R. I. (50. 17.)

805) L. 3. C. 2. 22.

806) Vgl. Jacobus Gothofredus, quatuor fontes iur. civ. p. 170. Darauf deutet auch die Zusammenstellung beider Curationen in Ulp. fr. 12. 2. L. 13. D. 27. 10. §. 3. J. 1. 23.

807) L. 1. C. 5. 70. §. 3. J. 1. 23.

808) Comm. de iure civili III. c. 22. §. 8.

809) Paull. S. R. III. 1. A. §. 12. L. 1. pr. D. 27. 10.

810) So Duarenus ad L. 6. D. de V. O. Schulting, not. ad

3) Cura debilium personarum, d. h. über preßhafte Personen. Nach Analogie der Curation über Wahnsinnige und Verschwender hat sich durch die Praxis der vormundschaftlichen Behörden der Grundsatz ausgebildet, daß man Allen, welche wegen körperlicher Gebrechen ihre eigenen Angelegenheiten nicht selbst verwalten können (qui propter infirmitatem rebus suis superesse non possunt), wenn sie nicht mehr unter der Pupillentutel und der cura minorum [811]) stehen, Vormünder bestellen könne [812]) und müsse. So entstand die Curation über preßhafte Personen, welche nach römischen Ansichten nur eine cura dativa ist [813]), und nur auf den speciellen Antrag zur Bestellung eines Curators stattfinden kann [814]). Dieser Antrag geht in der Regel von der preßhaften Person selbst aus; an ihre Stelle können aber auch andere Personen treten, in welchem Falle dann die Regeln, die in der cura minorum gelten, entscheiden. Die Zahl der preßhaften Personen ist in den römischen Rechtsquellen nicht geschlossen; als Beispiele kommen in denselben vor Taube und Stumme [815]), ferner hi, qui perpetuo morbo laborant [816]). Ausgeschlossen sind Blinde und alte Leute, selbst wenn sie durch das Alter zur Führung ihrer Geschäfte unfähig geworden, da sie sich einen Stellvertreter ernennen können [817]). Nach teutschem Rechte können indeß nicht allein Blinde und Greise, d. h. Leute über sechszig Jahre, sondern auch Lahme sich von der Obrigkeit Curatoren erbitten, welche natürlich mit der von ihren Pflegbefohlenen wieder erlangten Gesundheit und Geschäftsthätigkeit wieder abtreten, ohne daß es eines Decretes der Obrigkeit dazu bedürfte, so daß bei wiederholter Kränklichkeit eine neue Bevormundung eintritt.

4) Cura minorum [818]). Je weniger aus Mangel an juristischen Quellen für die ältere Zeit, und wegen der Vieldeutigkeit der uns erhaltenen alten Zeugnisse mit Bestimmtheit angegeben werden kann, ob und inwiefern die ersten Anfänge der cura minorum XXV annis in der

---

Dig. tom. IV. p. 505. Reinold Varior. c. 41. Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen, Th. 1, S. 55. Puchta, Handbuch des gerichtlichen Verfahrens, §. 322. Rudorff a. a. O. Th. 3, S. 230, 231.

811) Arg. L. 3. pr. u. §. 1. D. 26. 1.

812) L. 2. D. 27. 10. L. 12. pr. u. §. 1. D. 26. 5. §. 4. J. 1. 23.

813) L. 2. D. 27. 10. L. 12. pr. u. §. 1. D. 26. 5. L. 8. §. 3. D. ibid. §. 4. J. 1. 23.

814) Vergl. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 33, S. 255.

815) L. 3. §. 3. D. de postulando. (3. 1.) L. 65. §. 3. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) L. 8. §. 3. u. L. 12. pr. D. 26. 5. §. 4. J. 1. 23.

816) L. 2. D. 27. 10. L. 12. D. 26. 5. §. 4. J. 1. 23. L. 3. §. 4. D. 3. 1.

817) Paull. S. R. IV. 12. §. 9.

818) Unter den neueren Rechtsgelehrten, welche diese Lehre bearbeitet haben, verdienen besondere Aufmerksamkeit Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 29, S. 473 flg., Th. 30, S. 1—34. Rudorff, Lehre von der Vormundschaft, Th. 1, S. 91—108. Savigny, von dem Schutze der Minderjährigen im römischen Rechte, und insbesondere von der lex Plaetoria in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 10, S. 232—297. Der zuletzt genannte Schriftsteller gibt auch S. 235, Note 1, eine Uebersicht der hierher gehörigen älteren Literatur.

lex Plaetoria zu suchen sind, um so zweckmäßiger scheint es für die gegenwärtige Untersuchung, welche zunächst nur das praktisch-Justinianische Recht sich zur Aufgabe der Darstellung macht, von der Constitution des Marcus Antoninus Philosophus auszugehen, durch welche diese cura erst dauernd begründet, und welche auch die Grundlage für das classische Pandektenrecht geworden ist[819]). Der Begriff „Minderjährige", welcher zunächst in Betracht kommt, ist hier nicht buchstäblich zu nehmen, sondern nur auf die puberes minores XXV annis zu beziehen. Es stehen also unter dieser Curatel nur adulti [820]) oder adolescentes [821]), d. h. Personen, welche über 14 und resp. 12 Jahr alt sind, aber das 25. Jahr noch nicht vollendet haben. Körperliche und geistige Reife und Geschlecht machen in Betreff dieser Curation so wenig Unterschied, daß minderjährige Frauen, neben ihrem Geschlechtstutor zum Auctoriren, auch noch den Minoritätscurator zur Verwaltung ihres Vermögens haben[822]). Die Bestellung des Curators ist der Obrigkeit zur Pflicht gemacht worden, und ihre Competenz wird nach den allgemeinen Regeln beurtheilt. Ihrer Natur nach ist diese Curatel eine freiwillige, da es noch im Justinianischen Rechte allgemeine Regel ist, daß Minderjährigen nur unter ihrer Einwilligung und auf ihr ausdrückliches Verlangen Curatoren zugeordnet werden [823]), doch wird es wohl nur ausnahmsweise vorgekommen sein, daß Minderjährige, welche Vermögen hatten, ohne Alterscuratoren waren [824]), da in der Lehre von der Petition und Postulation des Curators Gründe genug vorliegen, welche den Minderjährigen bestimmen mußten, sich zur Erbittung eines Curators auch gegen die eigene Neigung zu entschließen, so daß, wenn er selbst mit der Erbittung zögerte, das Erbittungsrecht auf die Cognaten, Tutoren und sonstigen Interessenten überging. In dieser Petition lag zugleich das Recht, eine bestimmte Person dem Prätor zur Uebernahme der Curation zu präsentiren, doch konnte die Bestätigung nicht ohne vorherige Inquisition erfolgen [825]). — War der Curator einmal ernannt, so hatte er für sich allein und ohne Zuziehung des Minderjährigen an dem Vermögen desselben ein eben so freies Verwaltungsrecht, als während der Unmündigkeit der Tutor [826]). Gegenstand der Verwaltung war das Vermögen, welches ihm der Prätor zur Verwaltung zugewiesen, und das also zur Zeit seiner Ernennung bereits vorhanden sein mußte, wenn schon im Zweifel die Verwaltung auf

---

819) L. 1. §. 3. D. de minor. (4. 4.) Capitolin. Marc. cap. 10. Vgl. Savigny a. a. O. Th. 10, S. 262.

820) So schon in L. 1. §. 3 u. 4. D. 26. 7.

821) L. 1. §. 3. D. 4. 4. §. 2. J. 1. 23. etc.

822) Vat. fr. §. 110. L. 13. §. 2. D. 26. 5.

823) §. 2. J. 1. 23. L. 13. §. 2. D. 26. 5. etc. Vgl. Savigny a. a. O. Th. 10, S. 274.

824) L. 3. C. de in integr. rest. minorum. (2. 22.) L. 7. §. 2. D. de minoribus. (4. 4.) L. 6. C. qui petant. (5. 31.)

825) L. 13. §. 2. D. 26. 5.

826) L. 1. §. 3. 4. D. 26. 7. L. 14. §. 7. D. 46. 3. L. 7. §. 2. D. 4. 4. L. 1. §. 2. D. 27. 9.

das ganze Vermögen des Mündels ausgedehnt ward [827]). Erhielt das Vermögen des Mündels in der Folge einen Zuwachs, so mußte ein neuer Curator dafür erbeten, oder der Zuwachs dem alten Curator ausdrücklich zur Verwaltung überwiesen werden. Das Verhältniß des Adulten zum Curator ist ein anderes, als das des Pupillen zu seinem Tutor. Denn da beide Geschlechter nach erreichter Pubertät die unumschränkte Administration ihres Vermögens nach älterem Rechte erhielten, so erscheint der den Adulten beigeordnete Curator nicht als eine Person, welche, wie der Pupillentutor, die dem Pupillen mangelnde Persönlichkeit ergänzt, solche vielmehr als eine solche, welche die volle Handlungsfähigkeit der Adulten in Betreff der Verwaltung ihres Vermögens durch sein Dazwischentreten beschränkt. Diese Ansicht wird auch durch die Art und Weise bestätigt, wie das classische Pandektenrecht das Verhältniß der Adulten gegen Dritte darstellt [828]). Es können Adulten nämlich ohne Beitritt ihres Curators sich selbst durch Stipulationen verbindlich machen [829]), ferner Erbschaften antreten oder die ihnen angebotene bonorum possessio annehmen [830]), Restitutionen von Erbschaften vornehmen [831]), Zahlungen machen [832]) und über eigene Forderungsrechte und Klagerechte so unumschränkt disponiren, daß sie dieselben cediren [833]), noviren, remittiren [834]), sich deßhalb vergleichen [835]), Eide darüber zuschieben [836]), und selbst Zahlungen mit voller Liberationswirkung annehmen können [837]), die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand natürlich vorbehältlich, wenn nachgewiesen wird, daß der Adulte durch eine dieser Handlungen in Schaden gekommen. Damit hängt es ferner zusammen, wenn berichtet wird, daß Verkäufe, welche der Minderjährige ohne den Consens seines Curators abgeschlossen hat, nur auf dem Wege der Restitution angefochten werden können [838]). Eine solche Restitution wäre aber undenkbar, wenn das Geschäft, gegen welches dieselbe gewährt wird, in diesem Falle von Anfang an nichtig wäre. Auch ist den Adulten aus dem alten Rechte die Fähigkeit zu feierlichen civilen Rechtsgeschäften, wie Testamente, im Ganzen

827) L. 6. C. 5. 75. L. 3. C. 2. 22.

828) Vergl. Marezoll, in wie weit kann nach römischem Rechte ein Minderjähriger, welcher einen bleibenden Curator hat, sich ohne den Consens dieses seines Curators durch Verträge verpflichten; in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Th. 2, S. 374—447. Rudorff, das Recht der Vormundschaft, Th. 2, S. 283—292.

829) L. 101. D. 45. 1. L. 43. D. 44. 7.

830) L. 12. C. de iure deliberandi. (6. 30.) L. 8. pr. C. de bonis, quae liberis. (6. 61.)

831) L. 1. §. 13 u. 14. D. 36. 1.

832) L. 3. §. 2. D. de SC. Macedoniano. (14. 6.) Tit. Cod. 2. 33. Si adversus solutionem a tutore, vel a se factam.

833) Vat. fr. §. 326.

834) L. 1. C. si adversus venditionem. (2. 28.)

835) L. 96. §. 1. D. 46. 3. L. 2. C. si adversus transact. (3. 32.)

836) L. 9. §. 4. D. de iureiur. (12. 2.) L. 4. pr. D. de iureiur. in lit. (12. 3.)

837) L. 7. §. 2. D. de minor. (4. 4.)

838) L. 3. C. de in integr. rest. minor. (2. 22.)

verblieben. Nur die Arrogation ist seit Claudius ohne Einwilligung aller Alterscuratoren nicht mehr möglich[839]), und das Nämliche gilt von allen Rechtsgeschäften, durch welche das Ende der Curatel sofort herbeigeführt wird[840]). Im späteren römischen Rechte ist den Minderjährigen auch die legtima persona standi in iudiciis abgesprochen worden, und zwar zuerst in Civilsachen[841]), später auch in Criminalsachen[842]), selbst bei Appellationen[843]). Hat aber der Adulte ohne Beistand des Curators prozessirt, so wird die aus dem Urtheil entstehende actio iudicati und exceptio nur ihm selbst, nicht aber gegen ihn gestattet. Und um dergleichen Inconvenienzen zu vermeiden, ist dem Gegner, welcher dabei interessirt ist, das Recht ertheilt worden, einen Prozeßcurator für den Unmündigen zu erbitten, wenn dieser keinen Curator hat und mit der Erbittung widerrechtlich zögert[844]). Die Dauer der cura minorum währt gewöhnlich bis zur Volljährigkeit, welche nach römischen Ansichten mit der Vollendung des fünfundzwanzigsten Jahres eintritt und in den römischen Gesetzen bald legitima aetas, bald perfecta, statuta, iusta, matura aetas genannt wird. Die Zeit wird dabei nicht civiliter, sondern naturaliter, d. h. nach Kalendertagen berechnet, so daß selbst, wer am Schalttage geboren ist, erst mit Erreichung der Stunde und Minute der Geburt majorenn wird[845]). Auch durch die Jahrgebung (venia aetatis) erlischt die Curation[846]). Diese Jahrgebung wurde im älteren Rechte als ein Act der gesetzgebenden Gewalt betrachtet[847]), und hing ganz von der Willkür des Kaisers ab. Die Bedingungen, an welche dieß Privilegium im Justinianischen Rechte geknüpft ist, schreiben sich aus einer Constitution von Constantin dem Großen[848]) her, welche mit einigen Weglassungen und Interpolationen in den Justinianischen Codex eingetragen worden. Diese Bedingungen sind im Einzelnen folgende: 1) der Minderjährige muß ein gewisses Alter erreicht haben, welches in den Rechtsquellen firmata aetas heißt, und nach der Verschiedenheit des Geschlechtes verschieden ist; nämlich bei Männern wird das vollendete zwanzigste, bei Frauen das vollendete achtzehnte Jahr verlangt[849]). 2) Der Minderjährige muß sich dann mit der Supplik um Erlaß der übrigen Mündigkeitsjahre an den Kaiser wenden, wofür er indeß nicht noch specielle Gründe

839) L. 8. D. de adoptionibus. (1. 7.) L. 3. §. 6. D. 4. 4.
840) L. 5. C. de auctoritate praestanda. (5. 59.)
841) L. 1. u. 2. C. qui legitimam personam. (3. 6.) L. 1. C. in quibus causis in integrum. (2. 41.) L. 7. C. ad legem Iul. de adult. (9. 9.)
842) L. 4. C. 5. 59.
843) L. 10. C. de appell. (7. 62.)
844) §. 2. J. 1. 23. L. 2. C. 3. 6. L. 1. C. qui petant. (5. 31.)
845) L. 3. §. 3. D. 4. 4.
846) L. 1. C. de his, qui veniam aetatis. (2. 45.)
847) L. 1. u. 2. pr. u. 3. C. 2. 45.
848) L. un. Cod. Theod. de his, qui veniam aetatis impetraverunt. (2. 17.) L. 2. C. de his, qui veniam aetatis impetraverunt. (2. 45.) Vgl. Marezoll, Bemerkungen, Zweifel und Vermuthungen über einzelne Fragen aus dem röm. Civilrechte; in Grolman's Magazin, Bd. IV, S. 397—401.
849) L. un. §. 3. Th. C. 2. 17. L. 2. pr. u. §. 1. C. 2. 45.

anzuführen braucht. Auf diese Supplik ertheilt dann der Kaiser das Privilegium in der Form des Rescriptes, welches nach dem Empfange 3) der Impetrant den competenten Behörden insinuiren muß. Ueber die Competenz dieser Behörden in Rom verfügte zuerst Constantin, daß für Senatoren der praefectus urbi, für perfectissimi der vicarius urbis, für equites Romani und alle übrigen Bürger der praefectus vigilum, für naviculariі der praefectus annonae das rechte Forum sein sollte [850]), und Justinian hat durch Interpolation für Constantinopel bei Senatoren den praefectus urbi, bei allen Uebrigen den praetor plebis, in den Provinzen aber ohne allen und jeden Unterschied der Person den Statthalter der Provinz für competent erklärt [851]). Männer müssen vor diesen Behörden in Person erscheinen, Jungfrauen und Frauen können sich auch durch ein Procurator vertreten lassen [852]). 4) Der Impetrant muß vor dieser Obrigkeit den Beweis führen, daß er das erforderliche Alter habe und daß er bisher einen ehrbaren Lebenswandel geführt. Männer sollen ihr Alter durch schriftliche Documente und ihre gute Aufführung durch Zeugen beweisen; Frauen haben nur ihr Alter durch wenigstens fünf Zeugen zu beweisen, ihr Ruf muß durch Notorietät gewiß sein [853]). Ueber die Beweisführung erfolgt ein richterlicher Bescheid, welcher nichtig ist, sobald er ohne geführten Beweis die Erfordernisse als vorhanden angenommen hat [854]). Die Wirkung der Jahrgebung ist die, daß von derselben an die Alterscuration aufhört, der Minderjährige die Verwaltung seines Vermögens bekommt (doch ist er noch bei dem Verkaufe von Grundstücken bis zur Volljährigkeit an den obrigkeitlichen Consens gebunden) [855]), und daß er für alle nach der Jahrgebung abgeschlossenen Geschäfte das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verliert [856]). — Was die heutige Anwendbarkeit der cura minorum anbetrifft, so ist sie durch den Einfluß des teutschen Rechtes ihres selbstständigen Charakters beraubt und mit der Pupillentutel insofern verschmolzen worden, als ein und derselbe Vormund das Vermögen des Mündels bis zur teutschrechtlichen Volljährigkeit ohne Unterbrechung fortverwaltet. Am interessantesten werden in dieser Beziehung die teutschen Reichsgesetze [857]), welche zwischen Pupillentutel und cura minorum nur einen Namensunterschied annehmen, während sie der Sache nach beide Vormundschaften für ein und dieselbe Vormundschaft ansehen, welche noch dazu von einer und derselben Person ohne Unterbrechung verwaltet wird, und damit stimmt auch die gemeine teutsche Praxis vollkommen überein. In der That ist

---

850) L. un. §. 2. Th. C. 2. 17.
851) L. 2. §. 2. C. 2. 45.
852) L. un. pr. §. 1. Th. C. 2. 17. L. 2. pr. §. 1. C. 2. 45.
853) L. 2. §. 1. C. 2. 45.
854) L. 2. §. 3. C. 2. 45.
855) L. 2. §. 2. C. 2. 45. L. 3. C. ibid., vergl. mit L. 10. C. de appellat. (7. 62.)
856) L. 1. C. 2. 45.
857) Reichspolizeiordnung von 1548, Tit. 31, §. 1, und von 1577. Vgl. Rudorff a. a. O. Th. 1, S. 114 flg.

also hierin das Justinianische Recht bei seinem Uebergange nach Teutschland völlig umgebildet worden, nicht als ob man geglaubt hätte, es sei unzweckmäßig und man müsse es absichtlich ändern, sondern man verstand es vielmehr gar nicht, und sah daher historisch irrig, aber dem praktischen Bedürfnisse ganz entsprechend, als bloßen Namenunterschied an, was doch in der Sache selbst sehr verschieden war[858]).

5) Cura pupillorum[859]). In den Justinianischen Rechtsbüchern wird neben der Tutel über Pupillen auch noch eine Curatel über dieselben erwähnt, über deren Bedeutung unter den neueren Juristen viel Streit herrscht. Nach der gewöhnlichen Meinung bezieht sich diese Curation auf die seltenen Fälle, in welchen der Pupill schon einen Tutor hat, diese Tutel aber ausnahmsweise aus irgend einem Grunde unwirksam ist[860]). Allein wenn diese Ansicht auch scheinbar eine Stelle der Justinianischen Institutionen für sich hat[861]), so ergibt sich doch aus der Vergleichung der übrigen Rechtsquellen, daß der Vormund eines Pupillen, wenn er durch das Gesetz bestimmt wird, allemal ein Tutor ist; bei letztwilliger und obrigkeitlicher Vormundschaft aber kann er eben so gut Curator als Tutor sein, da eines Theils nach späteren Grundsätzen auch der Curator, welchen der Erblasser dem Pupillen im letzten Willen bestellt hat, von der Obrigkeit confirmirt werden muß[862]), anderen Theils zweifelsohne der Vormundschaftsbehörde das Recht zusteht, wenn sie es für gut findet, dem Pupillen statt eines Tutors einen Curator zu bestellen[863]), auch endlich gar nicht bezweifelt werden kann, daß der ordentliche Vormund eines Pupillen auch ein Curator sein könne[864]). Als die gewöhnlichsten Fälle, wo Pupillen Curatoren erhalten, kommen folgende in den römischen Rechtsquellen vor: wenn ein Prozeß zwischen dem Tutor und dem Pupillen vorliegt[865]); wenn bei Schuldverhältnissen zwischen Mündel und Tutor ein Vormund zu adjungiren ist[866]); wenn der gesetzliche Tutor zur Verwaltung der Vormundschaft unfähig ist[867]); wenn bei der suspecti tutoris postulatio dem Tutor ein Curator beigegeben wird, weil dessen Ruf geschont werden soll[868]); ferner bei der Verbannung des Tutor[869]), bei jeder temporären Excusation[870]), unter andern bei dem Wahn-

858) Vergl. Savigny a. a. O. Th. 10, S. 296.
859) Vergl. v. Löhr in Grolman's Magazin, Bd. 3, S. 433—454, u. Rudorff a. a. O. Th. 1, S. 80—90.
860) Vgl. Donellus, comm. de iure civ. lib. III. c. 10. u. Schweppe, im juristischen Magazine, Bd. 1, S. 110—115.
861) §. 5. J. 1. 23.
862) L. 1. §. 3. L. 2. §. 1. D. de confirm. tut. (26. 3.)
863) L. 9. §. 9. D. de administr. (26. 7.) L. 32. pr. D. ibid. L. 2. §. 44. D. ad SC. Tertull. (38. 17.) L. 19. D. de auct. tut. (26. 8.)
864) L. un. C. ubi petantur. (5. 32.) L. 10. C. qui dare. (5. 33.)
865) §. 3. J. de auctor. tut. (1. 21.) Theoph. ad h. l.
866) Nov. 72. c. 2.
867) §. 5. J. 1. 23.
868) L. 9. D. 26. 10. L. 6. C. 5. 43. §. 5. J. 1. 23.
869) L. 28. §. 2. D. de excus. (27. 1.) L. 14. §. 3. D. 46. 3.
870) L. 10. §. 6. D. 27. 1. §. 5. J. 1. 23.

sinn des Tutor [871]), dessen kurzer Abwesenheit [872]), Krankheit [873]) und hohem Alter [874]), endlich während des Prozesses über Remotion [875]) und Excusation. Aus dieser Uebersicht der hierher gehörigen Fälle ergibt sich von selbst, daß in Fällen, wo Auctoritas nöthig wird, die Obrigkeit sich eher zur Bestellung eines Tutors, als zu der eines Curators entschließen wird, und in den meisten Fällen wird es völlig gleichgiltig sein, welche Art von Vormündern bestellt werden, weil im wichtigsten Punkte, in der Administration, beide Arten von Vormündern gleiche Dienste leisten, besonders seitdem die Repräsentation immer allgemeiner zulässig geworden.

6) Cura (bonorum) absentis [876]). Man versteht darunter die Realcuratel, welche der Prätor über die Gütermasse Gefangener oder Abwesender anordnet [877]). Der Curator ist kein legitimus curator, nur ein honorarius, und wird von der competenten Obrigkeit nur auf den Antrag der nächsten Verwandten des Abwesenden bestellt [878]). Die Curatel ist eine wahre Realcuratel, da sie nur die Verwaltung der Güter, nicht aber die persönlichen Bedürfnisse des Abwesenden oder Gefangenen angeht [879]), und die Pflichten des Curators bestehen in der Custodia des Nachlasses, verbunden mit dem Rechte der nothwendigsten Veräußerungen, der Anstellung der Klagen und der Defension gegen die von den Gläubigern des Abwesenden erhobenen Prozesse. Denn sie hatte nur den Zweck, das gewöhnliche Concursverfahren, die bonorum venditio vom Abwesenden abzuwenden [880]). Diese Curatel erlischt mit der Rückkehr des Gefangenen oder des Abwesenden, oder mit dessen Tode; vorher ist auch eine Erbfolge oder bonorum possessio in solche Güter undenkbar, da dem römischen Rechte jede Todeserklärung fremd ist. Diese Form der Curatel hat die neuere Praxis auch auf andere Fälle ausgedehnt, in welchen sie nach römischem Rechte nicht stattfand, nämlich wenn unbekannte, entfernte und verhinderte Interessenten da sind, oder die verhafteten Cri-

871) L. 10. §. 8. D. 27. 1. L. 12. pr. D. ibid.
872) L. 15. u. 16. D. 26. 5. §. 2. J. 1. 25.
873) L. 10. §. 8. L. 11. u. 12. pr. D. 27. 1. L. 13. pr. D. de tut. (26. 1.)
874) L. 13. pr. D. 26. 1.
875) L. 7. C. 5. 43.
876) Pufendorf, observationes iuris universi tom. IV. obs. 84. Quistorp, rechtliche Bemerkungen, Th. 1, Nr. 16. Bülow, Abhandlungen über einzelne Materien des römischen bürgerlichen Rechtes, Th. 1, Nr. 12. Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien, Th. 1, Nr. 13, 3, S. 338 flg. Heise und Cropp, juristische Abhandlungen, Th. 2, Nr. 4 u. 5. Rudorff, das Recht der Vormundschaft, Th. 1, S. 145 — 152.
877) L. 22. §. 1. D. de rebus auct. iud. possid. (42. 5.) L. 15. pr. D. ex quibus causis maiores. (4. 6.) L. 6. §. 2. D. quibus ex causis in poss. (42. 4.) L. 1. §. 4. D. de mun. et hon. (50. 4.) L. 6. §. 4. D. 26. 1. L. 2. §. 30. D. 38. 17.
878) L. 3. C. de postlim. revers. (8. 51.)
879) L. 22. §. 1. D. 42. 5. L. 15. pr. D. 4. 6. L. 6. §. 2. D. 42. 4. L. 1. §. 4. D. 50. 4.
880) L. 6. §. 2. D. 42. 4.

minalverbrecher vermögend sind. — Auf ganz anderen Grundsätzen beruht die dem römischen Rechte ganz unbekannte Dativcuratel über Verschollene. Durch die Praxis der teutschen Gerichte ist nämlich der Grundsatz aufgekommen, daß, wenn der Aufenthaltsort eines Abwesenden unbekannt ist, die nächsten Erben desselben auf Edictalcitation des Abwesenden unter Androhung der Todeserklärung antragen und, wenn derselbe ausbleibt, keinen Procurator bestellt, auch sonst keine Nachricht von seinem Aufenthaltsorte gibt, die Anordnung einer Curatel über sein Vermögen verlangen können [881]). Diese Curatel wird dann dem nächsten präsumtiven Erben des Verschollenen eingeräumt, ohne Unterschied, ob dieser sein Erbrecht aus einem Testamente, einem Erbvertrage oder aus der Verwandtschaft herleitet, und wenn mehrere gleich nahe Erben vorhanden sind, so werden sie Concuratoren. Man muß diese Curatel nicht gerade als eine bedingte oder anticipirte Succession ins Vermögen des Verschollenen ansehen, als vielmehr als eine Einräumung des Güterbesitzes zur Sicherung künftiger Erbansprüche. Darnach ist nicht allein die Fähigkeit zur Uebernahme der Curatel, sondern auch die Verpflichtung zur Cautionsleistung zu beurtheilen. Auch sind die Berechtigungen des Curators zur Vornahme von Handlungen, welche die seiner Obhut anvertraute Gütermasse betreffen, mehr nach Analogie des creditor in possessionem missus, als nach der des gewöhnlichen Curator zu beurtheilen, so daß sogar die Verpflichtung zur jährlichen Rechnungsablegung nicht mit Unrecht in Abrede gestellt wird [882]). Die besonderen Gründe, aus welchen diese Curatel erlischt, lassen sich alle auf den Wegfall der Bedingungen, unter welchen der Curator angeordnet wurde, zurückführen. Es erlischt also diese Curatel, wenn der Abwesende zurückkommt, von seinem Leben beglaubte Nachricht gibt, einen Procurator bestellt, stirbt, oder auch durch Urtheil und Recht für todt erklärt wird. Durch den Tod des Curators erlischt sie wohl auch, da man eine Vererbung der Curatel auf den Grund einer anticipirten Succession hin heutzutage schwerlich mehr wird vertheidigen können.

7) **Cura haereditatis.** Bei der Erbschaft kommen mehrere Curationen vor, von denen die gewöhnlichste die erst von den neueren Rechtsgelehrten sogenannte cura haereditatis iacentis dann stattfindet, wenn es bei einer Erbschaft noch ungewiß ist, ob ein Erbe zu erwarten sei oder nicht [883]), wohin auch der Fall der Deliberation von Seiten der im Testamente eingesetzten Erben gerechnet wird [884]). Ihrer Natur nach

---

881) Carpzov, iurisprud. for. P. III. const. XV. defin. 48. n. 2. Schorch, meditationes, in quibus praecipua capita de cura bonorum absentis examinantur (Lipsiae et Francof. 1761, 4.) §. 3. Rudorff a. a. O. Th. 1, S. 148.

882) Carpzov l. c. defin. 55. Böhmer, Rechtsfälle, Bd. 3, Abth. 1. Resp. 176. qu. 5. n. 26. Pfeiffer, praktische Ausführungen, Th. 2, S. 261.

883) L. 2. D. de feriis et dilat. (2. 12.) L. 8. u. 9. pr. D. 42. 4. L. 1. §. 4. D. 50. 4.

884) L. 3. D. de curat. furiosi. (27. 10.)

ist diese Curatel eine Dativ-[885]) und Realcuratel[886]), welche mit der in bona missio, in die haereditas iacens auf das Genaueste zusammenhängt[887]), dem Curator die Verpflichtung, die Gütermasse zu beaufsichtigen und zusammenzuhalten, auferlegt[888]) und gerade so lange dauert, bis die Ungewißheit in Betreff des Erben gehoben ist. Denn von diesem Augenblicke an ist für die Curation überhaupt kein Raum mehr, da eines Theils, wenn gar kein Erbe vorhanden ist und der Populus auch die bona vacantia nicht agnoscirt, sofort Concurs eröffnet wird[889]), anderen Theils, wenn ein Erbe die Erbschaft erwirbt, von einer Curatel aus anderen Gründen nicht mehr die Rede sein kann. — Ein anderer Fall, wo eine Curatel bei Erbschaften eintritt, ist folgender. Wenn der unter einer Suspensivbedingung eingesetzte Erbe diese Bedingung nicht erfüllen, oder sonst die Erbschaft nicht antreten will, wird ganz analog mit den oben angeführten Grundsätzen ebenfalls Concurs in das Vermögen des Verstorbenen eröffnet[890]), und nur wenn drückende Erbschaftsschulden abgezahlt werden sollen, oder ein Pupill ohne Tutor ist, wird einstweilen ein Curator ernannt, welcher die Schulden abzahlt, oder die Erbschaft verwaltet[891]), bis sich ihr Schicksal entscheidet, d. h. bis zum Ausbruche des Concurses oder bis zum Antritte der Erbschaft.

8) Cura ventris und 9) Cura ex edicto Carboniano. Hierüber siehe den Artikel Bonorum possessio (in bona missio) Nr. 5 u. 6.

Heimbach.

**Dardanariat** ist ein Begriff, für dessen Bezeichnung sich in der teutschen Sprache kein vollständig erschöpfender Ausdruck findet. Dardanarii werden im römischen Rechte diejenigen genannt, welche durch künstliche Mittel den Preis von Waaren und Lebensmitteln über seine natürliche Höhe treiben, um alsdann durch den Verkauf derselben um so größeren Gewinn zu machen[1]). Ein solches Verfahren ist sowohl im römischen Rechte[2]) als auch in teutschen Reichsgesetzen[3]) mit Strafe be-

885) L. 2. D. 2. 12.
886) Vergl. die Stellen in Note 883.
887) L. 8. u. 9. pr. D. 42. 4.
888) L. 1. §. 4. D. 50. 4.
889) L. 1. §. 1. D. de iure fisci. (49. 14.) L. 5. C. de bonis auct. iud. poss. (7. 72.) Ueber das ältere Recht vergl. Cic. pro Quinctio cap. 19. §. 60. Caius inst. III. §. 78.
890) L. 1. pr. D. de curat. bonis dando. (42. 7.) L. 23. §. 2. D. de heredibus instit. (28. 5.)
891) L. 1. §. 2. D. 42. 7.

1) L. 6. pr. D. de extraord. crim. (47. 11.) Die Benennung leitet man her von einem gewissen Dardanus, der durch schwarze Künste das Getreide verdorben und theuerer gemacht haben soll. Vgl. Tib. Decianus, tract. criminal. lib. VII. cap. 22. §. 7. Sam. Stryk, opp. tom. I. p. 28.
2) L. 6. D. cit. L. 2. D. de leg. Iul. de annon. (48. 12.) L. un. C. de monopol. (4. 59.)
3) R.-A. von 1512, §. 16, von 1524, §. 27, von 1529, §. 34, von 1530, §. 135, von 1532, Tit. wucherl. Contract. R.-P.-O. von 1548, Tit. 18, und von 1577, Tit. 18.

droht, so daß der Begriff eines Verbrechens entsteht, welches man Dardanariat zu nennen pflegt. Was den Thatbestand dieses Verbrechens betrifft, so ist es nicht unbestritten, ob dasselbe begangen werden kann in Beziehung auf alle Gegenstände des Handelsverkehrs, oder nur in Beziehung auf die zum Lebensunterhalte unmittelbar nothwendigen Erfordernisse. Das Letztere wird von vielen Schriftstellern behauptet [4]), während Andere mit strengerer Anschließung an die Gesetze eine solche Beschränkung nicht machen, sondern alle Gattungen von Waaren, welche im Handel und Wandel vorkommen, als Gegenstand dieses Verbrechens betrachten [5]). Denn im römischen Rechte heißt es ganz allgemein: ne dardanarii ullius mercis sint [6]), sowie auch die Reichsgesetze das Verbot des Aufkaufes und Vorkaufes, der eine Unterart des Dardanariates ist, auf „allerlei Waaren und Kaufmannsgüter, Specerei, Erz, wollen Tuch, Wein, Korn und anderes dergleichen" erstrecken [7]). Gewissermaßen in der Mitte steht die Meinung, nach welcher das Verbrechen des Dardanariates in Beziehung auf alle gemein verkäuflichen Waaren soll bezogen werden können [8]). Und diese Meinung scheint sowohl mit den Gesetzen, als mit der Natur der Sache am besten in Uebereinstimmung zu stehen. Denn wie die Gesetze gar keinen Anhaltepunkt für jene Beschränkung gewähren, so kann auch kein innerer Grund für dieselbe angeführt werden. Wenn es einmal in Beziehung auf die zum Lebensunterhalt unmittelbar nothwendigen Bedürfnisse verwerflich und strafbar erscheint, die Preise derselben höher zu treiben, als sie außerdem nach dem natürlichen Gange des Handels gewesen sein würden, so kann der Grund davon nur darin liegen, daß damit eine ungebührliche Uebervortheilung gegen das consumirende Publicum begangen wird, welche zwar nicht als eine unmittelbare Rechtsverletzung der Einzelnen, aber doch als ein Nachtheil für die allgemeine Wohlfahrt angesehen werden kann. Denn es scheint nicht angenommen werden zu dürfen, daß der Grund der Strafbarkeit darin liege, daß durch das Verbrechen ein, wenigstens mittelbarer Angriff auf die Subsistenz der Einzelnen gemacht würde, indem ihnen etwa die dazu nöthigen Mittel entzogen oder unzugänglich gemacht würden, da das weder in der Absicht des Handelnden gelegen zu haben, noch in Folge der Handlung eingetreten zu sein braucht, um das Dasein des Verbrechens zu begründen. Der angegebene Grund aber, daß nämlich das Publicum ungebührlich übervortheilt wird, trifft auch bei anderen Handelsgegenständen zu, wenn deren

---

4) Z. B. Tittmann, Handbuch, III. §. 559. Kleinschrod, im alten Archiv des Crim.-R. III. S. 94, §. 5.

5) Martin, Lehrbuch, §. 263.

6) L. 6. pr. D. cit.

7) Specerei, Erz und wollen Tuch sind zwar nicht mehr in der R.-P.-O. von 1577, aber in dem R.-A. von 1512 und 1530 erwähnt. Indessen kann nach der ganzen Fassung der R.-P.-O. von 1577 nicht angenommen werden, daß diese Artikel aus dem Begriffe des Verbrechens hätten ausgeschlossen werden sollen.

8) Z. B. Feuerbach, Lehrbuch, §. 441. Henke, Handbuch, III. §. 213. Heffter, Lehrbuch, §. 476.

Preis höher getrieben wird, als er außerdem nach dem natürlichen Gange des Handels gewesen sein würde. Auf der anderen Seite aber ist nicht zu verkennen, daß von einer solchen Uebervortheilung des Publicums nur die Rede sein kann in Ansehung solcher Sachen, welche Gegenstände des allgemeinen und regelmäßigen Bedürfnisses und Verbrauches sind, und deßhalb gemeinverkäufliche genannt werden können. In Beziehung auf Sachen anderer Art kann zwar von dem Verkäufer ebenfalls Veranstaltung getroffen werden, daß der Einzelne, der sie sich anschaffen will, dieselben zu theuer bezahlen muß, aber es wird damit keine Uebervortheilung des gesammten Publicums, keine Verletzung der allgemeinen Wohlfahrt begangen. Somit scheint die Frage, in Beziehung auf welche Sachen Dardanariat begangen werden könne, darnach beantwortet werden zu müssen, ob dieselben von der Gesammtheit, oder wenigstens einem großen Theile des Publicums regelmäßig verbraucht werden, oder ob nur von Einzelnen in einzelnen Fällen Nachfrage darnach geschieht. Am häufigsten und leichtesten wird das Verbrechen vorkommen in Ansehung der zum gemeinen Leben nothwendigen Bedürfnisse, als Getreide, Mehl, Brot, Butter, Fleisch, Gemüse, Holz, Oel u. dgl., wie denn auch Viele aus dem in Ansehung der gewöhnlichsten Lebensmittel begangenen Dardanariate ein besonderes crimen fraudatae (oder oneratae oder vexatae) annonae bilden[9]). Nach dem Bisherigen müssen aber auch Zucker, Kaffee, Tabak und ähnliche Gegenstände, welche durch Angewöhnung Gegenstände des allgemeinen und regelmäßigen Bedürfnisses geworden sind, als Objecte des Verbrechens angesehen werden. Daß auch Tuch und die zur gewöhnlichen Bekleidung gehörigen Sachen dazu gerechnet werden müssen, scheint um so weniger bezweifelt werden zu dürfen, als die Reichsgesetze ausdrückliche Anweisung dazu geben. Auch auf solche Sachen, welche nicht unmittelbar und in ihrem ursprünglichen Zustande von dem Publicum verbraucht werden, sondern erst, nachdem sie durch den Fabrikanten oder Handwerker eine weitere Bearbeitung erfahren haben, zu Gegenständen des allgemeinen und regelmäßigen Verbrauches werden, ist der Begriff des Verbrechens unbedenklich zu beziehen. Denn durch den übertriebenen Preis dieser Sachen muß natürlich der Preis der Fabrikate, die aus ihnen gefertigt werden, ebenfalls übertrieben und mithin eine gleiche Uebervortheilung des Publicums begangen werden. Dagegen kann das Verbrechen nicht verübt werden in Ansehung solcher Sachen, welche sich Einzelne blos aus Neigung und Laune anschaffen, wie Pretiosen und Schmucksachen, ausgesuchte Speisen und Getränke, und endlich aller Sachen, deren Preis nicht durch das Bedürfniß Anderer, sondern blos durch den Werth bestimmt wird, welchen Einzelne auf den Besitz derselben setzen[10]). Denn theils würden hier eben nur Einzelne übervortheilt werden, theils würde überhaupt kaum von einer Uebervortheilung die Rede sein können, indem der Einzelne, der den bestimmten Preis für eine solche Sache zahlt,

---

9) Feuerbach, §. 441. Annona bedeutet den Inbegriff der gewöhnlichen Lebensbedürfnisse. Matthaeus, de criminib. lib. 48. tit. 9.

10) Kunstsachen, seltene Naturalien, Curiositäten.

damit zu erkennen gibt, daß sie ihm in der That so viel werth gewesen. — In Ansehung des Thatbestandes dieses Verbrechens ist ferner nicht unbestritten, ob dasselbe nur dolos, oder ob es auch culpos begangen werden könne, so daß auch derjenige, der durch bloße Fahrlässigkeit Mangel oder Theuerung gemeinverkäuflicher Waaren veranlaßte, sich des Dardanariates schuldig mache [11]). In den Gesetzen ist aber nirgends von culposem Dardanariate die Rede, wie denn auch die Neueren wohl einstimmig nur dolose Begehung dieses Verbrechens annehmen. Ueber die besondere Richtung aber, welche der Dolus dabei haben müsse, herrscht keineswegs Uebereinstimmung. Viele sind der Meinung, daß die Absicht nur darauf gerichtet zu sein brauche, entweder Vertheuerung oder Mangel der Gegenstände zu bewirken, mit welchen das Verbrechen überhaupt begangen werden kann [12]). Andere sind dagegen der Ansicht, daß die Absicht des Handelnden eine eigennützige und gewinnsüchtige gewesen sein müsse, so daß die Absicht, die Waaren seltener oder theuerer zu machen, wenn nicht zugleich die, Gewinn davon zu ziehen, hinzukomme, zum Thatbestande des Verbrechens nicht ausreiche [13]). Diese letztere Ansicht scheint in der That die richtige zu sein. Denn in dem römischen Rechte ist ausdrücklich von der avaritia der Dardanarier die Rede [14]), und in den Reichsgesetzen kommt nichts vor, woraus auf eine Abänderung des römischen Rechtes geschlossen werden könnte [15]). Auch leuchtet es von selbst ein, daß ein anderes Verbrechen, als Dardanariat begangen wird, wenn Jemand Mangel und Vertheuerung von Waaren blos als Mittel, andere verbrecherische Zwecke damit zu verfolgen, z. B. Unzufriedenheit und Unruhe im Volke zu bewirken, hervorzubringen sucht. Das Verbrechen wird begangen durch alle Handlungen, welche den Zweck haben, den Preis der Waaren über seine natürliche Höhe zu treiben. Die citirten Reichsgesetze erwähnen namentlich das schon im römischen Rechte ausgezeichnete ungebührliche Monopolisiren [16]), welches darin besteht, daß Jemand die Waaren allein in seine Hand und Gewalt bringt, um alsdann den Preis derselben nach eigenem Willen und Gefallen zu bestimmen. Vorzüglich geschieht das durch den Auf- und Vorkauf, der von den Reichsgesetzen ausdrücklich hervorgehoben, und deßhalb auch als eine besondere Unterart des Dardanariates bezeichnet werden kann [17]). Eine andere Begehungsart, deren römisches Recht und Reichsgesetze Erwähnung thun, besteht darin, daß sich die Verkäufer der Waaren gegen einander verbinden, dieselben nicht anders, als um den willkürlich von ihnen gesetz-

11) Wie Kleinschrod behauptet, im alten Archiv des Cr.-R. III. S. 94 u. 97.

12) Z. B. Heffter, §. 476.

13) Z. B. Martin, §. 263.

14) L. 6. pr. D. cit.

15) Daselbst ist von betrüglichen, gefährlichen, ungebührlichen und schädlichen Auf- und Vorkäufen die Rede.

16) L. un. C. de monopol. (4. 59.)

17) Mehrere, z. B. Tittmann, §. 558, machen aus dem Vor- und Aufkaufe die Hauptrubrik, unter welcher sie die übrigen Fälle des Dardanariates abhandeln.

ten Preis dem Publicum abzulaſſen[18]). Außerdem erwähnt das römiſche Recht noch andere Weiſen, in welchen das Verbrechen begangen werden kann, namentlich Aufſpeicherung und Zurückhaltung der eigenen Vorräthe in Erwartung theuerer Zeiten, Verhinderung der Zufuhr und Vernichtung von Waarenvorräthen[19]). Auch den Gebrauch falſchen Maßes und Gewichtes rechnet das römiſche Recht unter die Weiſen, auf welche Dardanariat begangen werden könne, obgleich natürlicher Weiſe dieſe Handlung auch als Verbrechen der Fälſchung aufgefaßt werden kann[20]). Daß der Handelnde ſeinen Zweck wirklich erreicht habe, iſt nach römiſchem Rechte zum Eintreten der vollen Strafe nicht erforderlich, indem dazu vielmehr genügt, daß die Handlung vollendet war, durch welche er erreicht werden ſollte[21]). Allein deßwegen darf noch nicht angenommen werden, wiewohl einſtimmig von den Neueren zu geſchehen ſcheint, daß nach den Principien unſeres heutigen gemeinen Rechtes die volle Strafe in denſelben Fällen eintreten könne, in welchen nach römiſchem Rechte darauf erkannt werden konnte. Denn jene Beſtimmung des römiſches Rechtes iſt nur eine Conſequenz des in demſelben vorherrſchenden ſubjectiven Geſichtspunktes, während dagegen der in dem Art. 178 der Carolina anerkannte objective Geſichtspunkt des germaniſchen Rechtes auch bei dieſem Verbrechen Berückſichtigung finden muß. Darnach muß aber nach heutigem Rechte zum Eintreten der vollen Strafe allerdings erfordert werden, daß in der That in Folge der Handlung ein erhöhter Preis der Waaren eingetreten ſei[22]). Dazu gehört zwar nicht, daß der Verkäufer denſelben erhalten und mithin den beabſichtigten ungebührlichen Gewinn wirklich bezogen habe, wohl aber das, daß er denſelben verlangt und bewirkt habe, daß die Waaren um keinen anderen, als den von ihm willkürlich geſetzten Preis von dem Publicum erlangt werden konnten[23]). Und inſofern von vollendetem Verbrechen nur die Rede ſein kann, wo auf die volle Strafe erkannt werden kann, muß bis zu dem angegebenen Momente bloßer Verſuch des Dardanariates angenommen werden. Nach dieſen Bemerkungen über den Thatbeſtand des Dardanariates kann der Begriff dieſes Verbrechens dahin angegeben werden, daß daſſelbe in der in gewinnſüchtiger Abſicht hervorgebrachten Vertheuerung gemeinverkäuflicher Waaren beſtehe. Die Strafe dieſes Verbrechens iſt nach römiſchem Rechte eine willkürliche, welche nach Verſchiedenheit der Fälle bald in Entziehung der Handelsfreiheit, bald in damit verbundener Relegation, bei Perſonen niedrigen Stan-

18) L. un. C. cit. R.-P.-O. von 1577, Tit. 18, §. 1.

19) L. 6. pr. D. cit. L. 2. pr. §. 1. D. de leg. Iul. de annon. (48. 12.)

20) L. 6. §. 1 u. 2. D. de extraord. crim. (47. 11.)

21) Vergl. meine Abhandlungen aus dem gemeinen Strafrechte, Bd. I, S. 256.

22) Ueber das Princip, nach welchem hier verfahren werden muß, vergl. meine Abhandlungen S. 508 flg., und damit übereinſtimmend Zachariä, die Lehre vom Verſuche der Verbrechen, 2. Theil, S. 185 flg.

23) Es verhält ſich hier ebenſo, wie mit dem Verbrechen der Fälſchung, welches nach heutigem Rechte auch erſt vollendet iſt, nachdem Gebrauch von den verfälſchten Gegenſtänden gemacht worden war. Vergl. meine Abhandlungen, S. 492 flg.

des in öffentlicher Arbeit bestehen soll [24]). Bei den crimen fraudatae annonae tritt eine Geldstrafe von zwanzig aurei ein [25]). Vorzüglich strafbar ist nach römischem Rechte das eigenmächtige Monopolisiren, welches mit Einziehung des Vermögens und lebenslänglichem Exile bedroht ist [26]). Diejenigen Kaufleute, welche sich verabreden, die Waaren nicht anders, als zu einem bestimmten Preise abzulassen, soll eine Geldstrafe von vierzig Pfund Goldes treffen [27]). Für den Auf- und Vorkauf ist von den Reichsgesetzen ebenfalls Landesverweisung nebst Confiscation des Vermögens, wovon dem Denuntianten der vierte Theil zufallen soll, als Strafe vorgeschrieben [28]). Nach Gerichtsgebrauch ist aber die Strafe der Landesverweisung abgekommen, und eine kurze Gefängnißstrafe oder entsprechende Geldbuße an deren Stelle getreten, sowie auch nach denselben die Confiscation nicht mehr auf das gesammte Vermögen erstreckt, sondern auf die aufgekauften Waaren beschränkt wird [29]). Für die übrigen Begehungsweisen des Dardanariates findet sich in den einheimischen Quellen keine Strafbestimmung, so daß hier nach der Anleitung des römischen Rechtes eine angemessene Geldstrafe oder Gefängnißstrafe eintreten muß. — Nicht unter den eigentlichen Begriff des Dardanariates, der in der Uebertheuerung von Waaren besteht, aber unter den gleichen Gesichtspunkt fällt es, wenn Handwerker, mögen sie zünftig oder nicht zünftig sein, durch gemeinsame Uebereinkunft einen übertriebenen Preis ihrer Arbeit festsetzen, und sich gegenseitig verbindlich machen, nicht anders als um diesen dem Publicum zu arbeiten. Im römischen Rechte ist dagegen eine Geldstrafe von vierzig Pfund Goldes, in den Reichsgesetzen eine willkürliche Bestrafung angedroht [30]). — In den neueren Particulargesetzgebungen ist theils der Begriff des Dardanariates auf engere Grenzen zurückgezogen, theils das ganze Princip aufgegeben worden, nach welchem er in der gemeinrechtlichen Gesetzgebung mit Strafe bedroht ist. Denn es ist nicht zu verkennen, daß unter das Strafverbot des gemeinen Rechtes auch noch solche Handlungen fallen können, welche nach dem Princip der Handels- und Gewerbefreiheit gestattet sein müssen, sowie auf der anderen Seite gerade in der Freiheit des Handels und der Gewerbe das sicherste Mittel liegt, das Publicum gegen die Umtriebe der Producenten, Kaufleute, Fabrikanten und Handwerker sicher zu stellen. Daher hat man bei Abfassung des sächsischen und württembergischen Strafgesetzbuches geglaubt, das ganze Verbrechen mit Stillschweigen übergehen zu können. Nach dem österreichischen Gesetzbuche über schwere Polizeiübertretungen sollen Gewerbsleute, welche sich verabreden, um den Preis einer Waare oder einer Arbeit

---

24) L. 6. pr. cit.
25) L. 2. §. 2. D. de leg. Iul. de annon. (48. 12.)
26) L. un. C. de monopol. (4. 59.)
27) L. un. C. cit., wornach auch die Obrigkeit, welche sich Connivenz dabei zu Schulden kommen läßt, mit einer Geldbuße von 50 Pfund Goldes belegt werden soll.
28) R.-P.-O. von 1577, Tit. 18, §. 2 u. 9.
29) Tittmann, §. 560. Henke, Handbuch, III. §. 213.
30) L. un. C. cit. R.-P.-O. von 1577, Tit. 37.

zu erhöhen oder um Mangel daran zu verursachen, mit strengem Arrest bis zu drei Monaten bestraft werden. Wenn Gewerbsleute, welche nothwendige Bedürfnisse des täglichen Unterhaltes zum allgemeinen Ankaufe feilbieten, ihren Vorrath verheimlichen, oder irgend einem Käufer etwas davon zu verabfolgen sich weigern, so sollen dieselben mit einer Geldstrafe von zehn bis funfzig Gulden, bei der zweiten Uebertretung mit Verdoppelung dieser Strafe und bei der dritten Uebertretung mit dem Verluste ihres Gewerbes bestraft werden. Wenn die Verheimlichung oder Verweigerung zur Zeit einer öffentlichen Unruhe stattfand, so soll der Schuldige mit dem Verluste des Gewerbes und mit sechsmonatlichem Arreste, und wenn er die Absicht hatte, die öffentliche Unruhe zu vergrößern, mit der Strafe des Aufruhrs belegt werden [31]). Im preußischen Landrechte wird Dardanariat der Fall genannt, da Jemand wider ein ausdrückliches Verbot des Staates sein Getreide verheimlicht oder zurückhält. Die Strafe ist Confiscation des übermäßigen Vorrathes, worunter derjenige verstanden wird, der den doppelten Betrag der eigenen Nothdurft bis zur Ernte übersteigt [32]). Nach Bestimmung der Polizeigesetze eines jeden Ortes soll aber bestraft werden, wer durch Auf- oder Vorkauferei Lebensmittel und andere gemeine Bedürfnisse vertheuert, oder die Zufuhr derselben zu den öffentlichen Märkten zu hindern oder zu schwächen unternimmt [33]). Von einem ganz anderen Gesichtspunkte geht das bayersche Gesetzbuch aus, indem es Denjenigen mit vier bis acht Jahr Arbeitshaus bedroht, der durch Vernichtung von Lebensmitteln und anderen nothwendigen Bedürfnissen Mangel dieser Sachen im Publicum veranlaßt hat [34]). Denn hier ist es theils die Beschädigung des Eigenthums, theils die verursachte öffentliche Calamität, wodurch die harte Strafe begründet ist. In ähnlicher Weise läßt auch das preußische Landrecht, wenn Jemand, um einen Mangel an Lebensmitteln oder anderen Bedürfnissen im Publicum zu veranlassen, dergleichen Sachen verdirbt, sechs- bis zehnjährige Zuchthausstrafe, und bei wirklich entstandenem Mangel Ausstäupung und lebenslängliche Festungsarbeitsstrafe, und wenn ein Mensch dabei ums Leben gekommen ist, Todesstrafe eintreten [35]). Luden.

**Darlehn,** mutuum, ist eine Summe Geldes oder eine Quantität anderer vertretbarer Sachen, welche der Eine, der creditor oder mutuo dans, dem Anderen, dem debitor oder mutuans oder mutuo accipiens, zum Eigenthum übergeben hat, unter der Verbindlichkeit, ihm eine

31) Oesterreich. G.-B. Th. II, §. 226 flg.
32) Preuß. L.-R. Th. II, Tit. 20, §. 1290 flg.
33) §. 1292. Durch eine Verordnung vom 20. November 1810 sind aber die Bestimmungen des Landrechtes gegen Vor- und Aufkauf aufgehoben. Nach denselben ist das Vor- und Aufkaufen nur verboten, wenn es an Markttagen an einem anderen Orte, als auf dem Marktplatze geschieht. Wenn das Object unter 5 Thlr. werth war, ist die Strafe Confiscation; außerdem eine Geldbuße von 5 bis 100 Thlrn. nach dem Ermessen der Polizeibehörde.
34) Bayer. G.-B. Art. 245.
35) Preuß. L.-R. Th. II, Tit. 20, §. 1500—1503.

gleiche Quantität von gleicher Qualität zurückzugeben[1]). Das mutuum kann zwar insofern eine Species des creditum genannt werden[2]), als unter diesem Alles verstanden wird, was Jemand einem Anderen aus irgend einem Grunde zu geben schuldig ist[3]); dennoch aber sind beide wesentlich von einander verschieden. Denn das mutuum wird dem Empfänger zum Eigenthum übergeben und kann daher, da er zugleich die Verbindlichkeit erhält, dasselbe in gleicher Qualität und Quantität wieder zurückzugeben, nur in solchen Sachen bestehen, deren Werth lediglich durch Zahl, Maß und Gewicht bestimmt wird[4]). Bei dem creditum dagegen braucht der debitor nicht nothwendig Eigenthümer desselben zu werden, indem dasselbe auch in der Weise abgeschlossen werden kann, daß die hingegebene Sache von dem Schuldner in specie zurückgegeben werden muß. Deßwegen können alle Arten von Sachen, auch nicht vertretbare, den Gegenstand des creditum bilden[5]). Der Darlehnsvertrag, mutui datio, durch welchen dem Empfänger des Darlehns unter der angegebenen Verbindlichkeit Eigenthum an den dargeliehenen Sachen übertragen wird, ist ein Realvertrag, welcher erst durch die Tradition des Dargeliehenen vollzogen wird, während dagegen ein creditum auch durch bloßes Versprechen entstehen kann[6]). Der Vertrag, durch welchen man sich verpflichtet, einem Anderen ein Darlehn geben zu wollen, pactum de mutuo dando, ist noch nicht der Darlehnsvertrag selbst, und konnte als bloßes pactum bei den Römern nicht klagbar geltend gemacht werden[7]). Nach heutigem Rechte ist zwar ein solches pactum allerdings klagbar, da schon nach römischem Rechte die stipulatio de mutuo dando eine klagbare Verbindlichkeit begründete[8]), und da heutiges Tages bloße Verträge im Allgemeinen dieselbe Wirkung haben, welche bei den Römern die Stipulation hatte[9]); allein die Natur des Darlehnsvertrages selbst hat dadurch keine

---

1) L. 2. pr. §. 1. D. de rebus creditis. (12. 1.) Ueber die Ableitung des Wortes L. 2. §. 2. eod.: Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit. Ueber andere Ableitungen vergl. Glück, Pandekt. XI. S. 466, Note 14.

2) Wie es von Paullus in L. 2. §. 3. D. de reb. cred. (12. 1.) genannt wird.

3) L. 11. D. de V. S. (50. 16.)

4) L. 2. pr. D. de reb. cred. (12. 1.) Mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem genus; nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum. §. 1. eod. Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura constant. —

5) L. 2. cit. §. 3. Nam creditum consistit etiam extra eas res, quae pondere, numero, mensura continentur; sicut, si eandem rem recepturi sumus, creditum est.

6) L. 2. §. 3. cit. Item mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia; creditum autem interdum, etiamsi nihil proficiscatur, veluti si post nuptias dos promittatur.

7) L. 7. §. 4. D. de pactis. (2. 14.) L. 34. pr. D. mandati. (17. 1.)

8) L. 68. D. de V. O. (45. 1.)

9) Uebrigens entsteht heutiges Tages aus dem pactum de mutuo dando eine gegenseitige Verbindlichkeit, sowohl für den Geber, dasselbe wirklich auszuzahlen, als auch für den Nehmer, dasselbe in der That in Empfang zu nehmen.

Veränderung erlitten, so daß auch gegenwärtig die eigentliche obligatio ex mutuo erst durch die Tradition der dargeliehenen Sachen, welche, weil durch das Darlehn Eigenthum übertragen wird, dem Darleiher eigen gewesen sein müssen, begründet wird [10]). Indessen wird aus Rücksicht auf Billigkeit und leichteren Verkehr in einigen Fällen ein Darlehn angenommen, auch wo die Tradition von Seiten des mutuo dans nicht eigentlich erfolgt war, oder wo die dargeliehenen Sachen demselben nicht eigenthümlich zugehörten. Diese Fälle sind folgende: 1) Wenn ausgemacht ist, daß Jemand die fungible Sache, welche er aus einem anderen rechtlichen Grunde, z. B. als Depositum, von dem Darlehnsgeber in Händen hat, als Darlehn behalten solle [11]). Denn hier geschieht es nicht durch Tradition, sondern lediglich durch das Uebereinkommen, daß die Sache zum Darlehn wird und in das Eigenthum des Depositars übergeht. 2) Wenn Jemand einem Anderen statt baaren Geldes andere Sachen hingibt, damit er sie verkaufe und den Erlös als Darlehn behalte [12]). Der Darlehnsvertrag wird zwar hier nur unter der Voraussetzung als perfect angenommen, daß der Schuldner die Sache nicht allein wirklich verkauft, sondern auch das Geld dafür in Empfang genommen habe [13]), allein das Geld, welches hier den eigentlichen Gegenstand des Darlehns bildet, ist ihm von dem Darlehnsgeber weder tradirt worden, noch auch in dem Eigenthume desselben gewesen [14]). 3) Wenn Jemand seinen Schuldner beauftragt, das Geld, welches er ihm schuldet, einem Anderen als Darlehn zu geben, oder wenn er seinem Mandatar gestattet, das Geld, welches er für ihn eingenommen, als Darlehn zu behalten [15]). Denn auch hier findet von Seiten des Darlehnsgebers keine Tradition statt, sowie auch das dargeliehene Geld sich noch nicht in seinem Eigenthume befunden [16]). 4) Wenn Jemand einen Anderen beauftragt, einem Dritten auf seine Rechnung ein Darlehn auszuzahlen, oder wenn Jemand zwar ohne Auftrag, aber im Namen eines Anderen ein Darlehn auszahlt, wenn es

---

Nach römischem Rechte war das bei der stipulatio de mutuo dando nicht der Fall. L. 30. D. de reb. cred. (12. 1.) Mühlenbruch a. a. O. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes, Bd. 2, §. 169.

10) Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes, §. 373, Note 1.

11) L. 9. §. ult. D. de reb. cred. (12. 1.) L. 34. pr. D. mandati. (17. 1.)

12) L. 11. pr. D. de reb. cred.

13) So lange dieses nicht geschehen, ist noch kein Darlehn, sondern ein unbenannter Contract vorhanden, aus welchem die actio praescriptis verbis anzustellen ist. L. 19. pr. D. de praescript. verb. (19. 5.)

14) Aus diesem Grunde will auch Africanus in L. 34. pr. D. cit. in diesem Falle kein Darlehn annehmen. Vgl. über diese Meinungsverschiedenheit, welche unter den römischen Juristen statt hatte, Glück, Pandekt. XII. S. 7 flg.

15) L. 15. D. de reb. cred. (12. 1.)

16) Africanus in L. 34. pr. D. cit. ist hier wieder abweichender Meinung, indem er dem Mandanten gegen den Mandatar, der das an denselben abzuliefernde Geld darlehnsweise behält, nur die actio mandati zuspricht, jedoch in der Weise, daß das Geld auf der Gefahr des Mandatars stehe, und daß dieser die etwa bedungenen Zinsen bezahlen müsse. Vergl. hierüber Glück a. a. O. S. 12 flg.

von diesem ratihabirt wird [17]). Auch in diesem Falle hat der Darlehngeber weder tradirt noch Eigenthum an dem dargeliehenen Gelde gehabt. Derjenige in dessen Auftrage oder Namen das Darlehn gegeben worden, wird selbst noch alsdann als Darlehngeber angesehen, und ihm die, von den Neueren in diesem Falle häufig sogenannte condictio Iuventiana, Darlehnsklage auf Zurückzahlung zugestanden [18]), wenn der Darlehnsnehmer sich in Irrthum über die Person des Gläubigers befand, und das Darlehn von einem Anderen zu erhalten glaubte [19]).

Der Darlehnnehmer wird Eigenthümer der dargeliehenen Sachen. Daraus folgt, daß dieselben ganz auf seiner Gefahr stehen und er von der Restitutionsverbindlichkeit nicht dadurch befreit wird, daß die Sachen aus irgend einem Zufalle zu Grunde gehen [20]). Es folgt daraus ferner, daß in dem Geben eines Darlehns eine wirkliche Veräußerung enthalten ist [21]), und daß nur Derjenige giltiger Weise ein Darlehn geben kann, welchem die Veräußerungsbefugniß zusteht [22]). Daher können Personen, welche unter Vormundschaft stehen und ohne Zuziehung ihres Vormundes nicht veräußern dürfen, wie Pupillen [23]), Minderjährige [24]), gerichtlich erklärte Verschwender [25]) und Wahnsinnige [26]), kein giltiges Darlehn geben. In gleicher Weise können fremde Gelder nicht ohne Einwilligung des Eigenthümers zu Darlehn gegeben werden [27]). Ebenso kann ein Gesellschafter, welcher Gelder gemeinschaftlich mit Anderen hat, ohne die Einwilligung der Uebrigen nur seinen Antheil zu Darlehn geben [28]). Wem in der angebenen Weise die Alienationsbefugniß nicht zusteht, der kann,

---

17) L. 9. §. 8. D. de reb. cred. (12. 1.)

18) So genannt von Conradi, de Iuventiana condictione, quae est in L. 32. D. de reb. credit. Marburgi 1779, weil die L. 32. cit., in welcher von dieser Klage die Rede ist, aus des Iuventius Celsus lib. V. Dig. hergenommen ist.

19) Vgl. über diese Klage Glück a. a. O. S. 23 flg.

20) Dadurch unterscheidet sich vorzüglich auch das Darlehn von dem Leihcontracte, commodatum, bei welchem der Commodatar weder Eigenthümer der geliehenen Sachen wird, noch auch die Gefahr des Zufalls trägt. §. 2. J. quib. mod. re contrah. obligatio. (3. 15.)

21) Salmasius, de usuris, Lugduni Batav. 1638, stellte zwar die Meinung auf, daß in dem Darlehn keine Veräußerung liege, vorzüglich wegen L. 55. D. de solutionibus (46. 3.), wo es heißt: Qui sic solvit, ut reciperet, non liberatur, quemadmodum non alienantur nummi, qui sic dantur, ut recipiantur. Es ist aber klar, daß in diesen Worten gar nicht von mutuum, sondern von commodatum die Rede ist. Vgl. darüber Glück a. a. O. S. 30.

22) L. 2. §. 4. D. de reb. credit. (12. 1.)

23) L. 9. pr. D. de consens. et auctor. tutor. (26. 8.)

24) Nach römischem Rechte nur unter der Voraussetzung, daß sie einen Curator hatten. L. 3. C. de in integr. restit. minor. (2. 22.) Seit aber durch die R.-P.-O. von 1548 und von 1577, Tit. 32, für Pupillen und Minderjährige gleichmäßig verordnet ist, daß ihnen ein Vormund gegeben werden soll, findet in dieser Beziehung kein Unterschied mehr zwischen Beiden statt.

25) L. 6. D. de V. O. (45. 1.)

26) L. 24. D. de obligat. et action. (44. 7.) L. 12. D. de reb. cred. (12. 1.)

27) L. 13. pr. §. 1. D. eod.

28) L. 13. §. 2. L. 16. D. eod.

wie er kein Eigenthum übertragen kann, auch an und für sich kein giltiges Darlehn hingeben. Die dennoch zum Darlehn hingegebenen Sachen können daher dem Empfänger, wenn sie nur anders bei ihm noch in Natur vorhanden sind, mit der, entweder von dem Eigenthümer oder von dem Vormunde anzustellenden, rei vindicatio wieder abgefordert werden[29]). Nur wenn der Empfänger durch Verjährung Eigenthum daran erworben, würde für den Eigenthümer die rei vindicatio ausgeschlossen sein und nur dem Darlehngeber gegen den Empfänger die Darlehnsklage auf Zurückgabe zustehen[30]). Sind dagegen die Sachen, welche ungiltiger Weise zu Darlehn gegeben wurden, von dem Empfänger bereits consumirt[31]), so kommt es darauf an, ob er sich in bona fide oder in mala fide befunden. Im ersteren Falle hat der Darlehnnehmer durch die Consumtion Eigenthum an den erhaltenen Sachen erworben, und das ursprünglich ungiltige Darlehn in ein giltiges verwandelt[32]). Der Darlehngeber hat daher nur die Darlehnsklage[33]) auf Zurückzahlung, und der ursprüngliche Eigenthümer der dargeliehenen Sachen kann gegen den Darlehnnehmer nur insofern auftreten, als ihm diese Klage von dem Darlehngeber cedirt worden ist[34]). Im anderen Falle dagegen, wenn die Consumtion mala fide geschah, kann gegen den Empfänger auf Zurückgabe des Erhaltenen, sowie auf Leistung des gesammten Interesse mit der actio ad exhibendum geklagt werden[35]).

Da der Darlehnnehmer die Verbindlichkeit erhält, eine gleiche Quantität und Qualität zurückzugeben, so können nur Diejenigen ein giltiges Darlehn aufnehmen, welche sich vertragsweise rechtlich verbindlich zu machen im Stande sind[36]). Daher sind Pupillen[37]), Wahnsinnige und gerichtlich erklärte Verschwender ohne Einwilligung ihrer Vormünder unfähig, ein giltiges Darlehn zu contrahiren, so daß die ihnen darlehnsweise hingegebenen Sachen nicht mit der Darlehnsklage zurückgefordert werden

---

29) §. 2. J. quib. alienare licet. (2. 8.) L. 11. §. 2. D. de reb. credit. (12. 1.)

30) Vgl. Glück a. a. O. S. 37.

31) In der allgemeineren Bedeutung, nach welcher fungible Sachen so genannt werden, nicht allein, wenn sie verzehrt, sondern auch wenn sie ausgegeben, oder mit anderen Sachen so innig vermischt sind, daß sie von denselben nicht mehr getrennt oder unterschieden werden können, oder wenn sie so verändert sind, daß sie in ihren vorigen Zustand nicht wieder hergestellt werden können. Vergl. Glück a. a. O. S. 38, Note 100.

32) §. 2. J. cit. L. 11. §. 2. D. cit.

33) Die condictio, welche ihm in den angeführten Stellen, sowie auch in L. 12. L. 13. pr. §. 1. L. 19. §. 1. D. de reb. cred. zugeschrieben wird, ist keine andere Klage, als die actio mutui. Vgl. Glück a. a. O. S. 38 flg.

34) Glück a. a. O. S. 41. Uebrigens hat der ursprüngliche Eigenthümer gegen den Darlehnsgeber die actio furti. L. 78. D. de solutionib. (46. 3.)

35) Vgl. die in Note 33 citirten Stellen, und Glück a. a. O. S. 42.

36) L. 59. D. de O. et A. (44. 7.) L. 6. D. de V. O. (45. 1.) L. 13. §. 1. L. 14. D. de condict. indebiti. (12. 6.)

37) In Ansehung der Minderjährigen kommt es nach römischem Rechte darauf an, ob sie einen Curator haben oder nicht. Nach den Note 24 angeführten Reichsgesetzen müssen aber alle Minderjährigen einen Vormund haben, so daß für sie dasselbe gilt, was für die Unmündigen.

können. Es entsteht aus dem einer dieser Personen hingegebenen Darlehn nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit, indem sie das von ihnen zurückgezahlte Darlehn von dem Darlehngeber zurückfordern können, wenn dieser nicht etwa den Beweis führt, daß sie dadurch reicher geworden seien [38]).

Durch die Bestimmung des SC. Macedonianum sind auch alle noch in väterlicher Gewalt stehenden Kinder in der Weise für unfähig erklärt, ein Darlehn aufzunehmen, daß sie die gegen sie angestellte Darlehnsklage auf Restitution durch die exceptio SC. Macedoniani entkräften können [39]). Der Zweck dieser Bestimmung ist kein anderer, als das leichtsinnige Schuldenmachen der in väterlicher Gewalt stehenden Kinder zu verhüten. Dieselbe erstreckt sich auf alle Kinder, die sich wirklich noch in väterlicher Gewalt befinden [40]), ohne Rücksicht auf ihr Alter und die Würde, welche sie etwa erlangt haben [41]). Ob das Darlehn verzinslich oder unverzinslich hingegeben war, hat auf die Anwendbarkeit dieser Bestimmung keinen Einfluß [42]); im Allgemeinen ist aber dieselbe auf Gelddarlehne zu beschränken, und weder auf andere Arten von Verträgen, wie Kauf, Tausch, Bürgschaft, noch auf andere Darlehne, als Gelddarlehne, z. B. auf Getreidedarlehne, zu erstrecken [43]). Die Wirksamkeit dieser Bestimmung besteht darin, daß sie einredeweise geltend gemacht werden kann gegen die Klage, mit welcher der Darlehngeber das Dargeliehene zurückfordert. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Klage vor oder nach Auflösung der väterlichen Gewalt angestellt wird, wenn nur das Darlehn selbst zu der Zeit, da dieselbe noch bestand, hingegeben worden war [44]). Auch hängt die Anwendbarkeit dieser Einrede nicht davon ab, ob das dargeliehene Geld bereits consumirt war oder nicht, indem dieselbe vielmehr, auch wenn es noch vorhanden ist, vorgeschützt werden kann [45]). Die Einrede kommt nicht allein dem Kinde selbst zu statten, sondern auch dem Vater, der daher auch wegen des dem Hauskinde Dargeliehenen nicht mit der actio de peculio belangt werden kann [46]), sowie auch allen dritten Personen, welche außerdem wegen des Darlehns hätten belangt werden können [47]). In folgenden Fällen kann aber die Einrede weder von Sei-

---

38) L. 59. D. cit. L. 13. §. 1. cit.

39) L. 1. pr. D. de SC. Macedoniano. (14. 6.)

40) L. 1. §. 2. L. 9. §. 2. L. 14. D. de SC. Maced.

41) L. 1. §. 3. D. h. t. wenn nicht die Würde eine solche ist, welche von der väterlichen Gewalt befreit. Nov. 81. cap. 1 u. 2.

42) L. 7. §. 9. D. de SC. Maced.

43) L. 3. §. 3. L. 7. §. 3. h. t. L. 3. C. de Maced. (4. 28.) Es müßte denn in fraudem legis gehandelt sein, und dem Geschäfte versteckt ein Gelddarlehn zu Grunde liegen. L. 3. §. 3. L. 7. §. 3. cit. Man nennt ein solches verschleiertes Gelddarlehn contractus mohatrae, nach dem spanischen Worte mohatra, welches ursprünglich einen simulirten Kauf bezeichnet. Vgl. Glück, Pandekt. XIV. S. 310.

44) Mühlenbruch, §. 575.

45) L. 9. §. 2. D. h. t.

46) L. 6. C. de SC. Maced. (4. 28.)

47) L. 7. pr. §. 1. 6. 7. 10. L. 9. §. 3. D. h. t. Nur wenn die Intercession in der Absicht zu schenken geschehen war, oder wenn das Hauskind im

ten des Kindes noch von Seiten des Vaters eingewendet werden. 1) Wenn der Darlehngeber, weil er selbst der väterlichen Gewalt unterworfen oder noch minderjährig war, kein giltiges Darlehn geben konnte[48]); ist jedoch in diesem Falle der Haussohn, welcher das Darlehn erhalten, ebenfalls minderjährig, so findet gegen ihn nur insofern eine Klage statt, als er durch dasselbe reicher geworden[49]). 2) Wenn das Darlehn unter, entweder vorhergehender oder nachfolgender, Genehmigung des Vaters[50]) oder unter solchen Verhältnissen aufgenommen wurde, unter welchen der Vater durch die obligatorischen Handlungen seiner Hauskinder vollständig verpflichtet wird[51]). 3) Wenn der Darlehngeber genügende Ursache hatte, das Kind für einen homo sui iuris zu halten[52]). 4) Wenn das Darlehn gemacht und verwendet wurde, um einen Gläubiger zu befriedigen, dessen Forderung keine Einrede entgegengesetzt werden konnte[53]). 5) Wenn der Sohn zur Zeit der Darlehnsaufnahme Soldat war, theils weil der filiusfamilias, der Soldat ist, als homo sui iuris angesehen wird, theils weil angenommen wird, daß er das Geld in causas castrenses, zum Behufe der Kriegsbedürfnisse aufgenommen habe[54]). — Außerdem geht die Einrede zwar nicht für den Vater, aber für den Sohn verloren, wenn derselbe entweder ein seiner freien Disposition überlassenes Peculium

---

Auftrage eines Anderen das Darlehn contrahirt hatte, kann sich der Bürge oder Mandant dieser Einrede nicht bedienen. L. 9. §. 3. cit. L. 7. §. 11. eod.

48) L. 3. §. 2. i. f. D. h. t. In diesem Falle kann vielmehr das noch vorhandene Geld vindicirt, das consumirte aber entweder condicirt oder mit der actio ad exhibendum zurückgefordert werden, je nachdem die Consumtion bona fide oder mala fide geschehen war. S. oben bei Note 29, 33 und 35.

49) L. 34. pr. D. de minoribus. (4. 4.)

50) L. 2. L. 7. C. de SC. Maced. (4. 28.) Die Genehmigung kann auch stillschweigend geschehen, z. B. wenn der Vater weiß, daß der Sohn Geld aufnimmt, und nicht sofort Widerspruch bei dem Darlehngeber einlegt, L. 12. L. 16. D. h. t., oder wenn der Vater bereits den Anfang mit der Bezahlung gemacht hat. L. 7. §. 15. D. h. t.

51) Wenn nämlich die actio de in rem verso, quod iussu, exercitoria, und institoria begründet ist. L. 12. D. L. 4. C. h. t. L. 7. §. 11. 12. 13. D. eod. L. 2. L. 5. C. eod. L. 17. D. h. t. L. 47. §. 1. D. de solution. (46. 1.)

52) L. 3. L. 19. D. h. t. L. 1. L. 2. C. eod. Dazu genügt nicht das bloße Vorgeben des Kindes, daß es von väterlicher Gewalt frei sei, sondern ist noch erforderlich, daß der Darlehngeber keinen genügenden Grund hatte, dieses Vorgeben in Zweifel zu ziehen. Trifft aber denselben in dieser Beziehung kein Vorwurf, so muß man annehmen, daß die exceptio SC. Macedoniani nicht allein für das Kind, sondern auch für den Vater verloren geht, da dieselbe hauptsächlich zur Strafe des Darlehngebers eingeführt ist. Vergl. Mühlenbruch, §. 575, Note 19.

53) L. 7. §. 14. D. h. t.

54) L. 7. §. 1. C. h. t. Diese Verordnung bezieht sich ganz allgemein auf die von Soldaten aufgenommenen Darlehne, so daß kein Grund vorhanden ist, dieselbe mit Struben, rechtliche Bedenken, Theil II, Bedenk. 125, auf die in Kriegszeiten aufgenommenen Darlehne zu beschränken. Vgl. Glück, Pandekt. XII. S. 59, Note 59. Nach Particularrechten können aber zuweilen Soldaten ohne Einwilligung ihres Chefs keine giltigen Darlehne aufnehmen. Preußisches Landrecht, Theil 2, Tit. 11, §. 678. Kursächsisches Mandat, die Abstellung des Schuldenmachens bei der Armee betreffend, vom 5. April 1783.

hatte[55]), jedoch nur bis zum Belaufe deſſelben, oder wenn er, nachdem er von der väterlichen Gewalt frei geworden, das während derſelben aufgenommene Darlehn entweder ausdrücklich oder ſtillſchweigend genehmigt hatte[56]). Dagegen kann der Sohn, ſo lange die väterliche Gewalt dauert, nicht giltig auf dieſe Einrede Verzicht leiſten, da dieſelbe weniger zu Gunſten der Söhne, als vielmehr aus Rückſicht auf die Väter und zur Beſtrafung der Gläubiger eingeführt iſt[57]). Daher kann nicht einmal eine eidliche Beſtärkung dieſer Verzichtleiſtung von Wirkſamkeit ſein, da im Allgemeinen ein an ſich ungiltiges Rechtsgeſchäft auch durch den Eid keine Giltigkeit und rechtliche Bedeutung erhalten kann, und da, wenn man der eidlich beſtärkten Verzichtleiſtung verbindliche Kraft beilegen wollte, es immer in der Willkür des Hauskindes liegen würde, das SC. Macedonianum zu umgehen[58]).

Das SC. Macedonianum gewährt aber nur eine Einrede gegen die Klage des Darlehngebers, indem es daneben anerkennt, daß durch das einem Hauskinde gegebene Darlehn eine obligatio naturalis begründet werde[59]). Daher kann der Darlehngeber ſeine Forderung einredeweiſe als Compenſation oder Retention geltend machen, ſowie auch das Hauskind das zurückgezahlte Darlehn von demſelben nicht zurückfordern kann[60]). Wohl aber ſteht dem Vater dieſes Rückforderungsrecht zu, wenn das Hauskind entweder mit des Vaters Gelde, oder aus einem Peculium, über welches ihm keine freie Dispoſition zuſtand, Zahlung geleiſtet hatte. Denn in dieſem Falle kann der Vater, wenn das Geld bei dem Darlehngeber noch vorhanden iſt, daſſelbe vindiciren[61]), oder, wenn es von dieſem mala fide conſumirt war, mit einer condictio zurückfordern[62]). Auf das Haus-

---

55) Dahin gehört zunächſt das peculium castrense und quasi castrense. L. 1. §. 3. L. 2. D. h. t. Es hat aber wohl kein Bedenken in Anſehung des peculium adventitium irregulare daſſelbe anzunehmen, da der Hausſohn, wenn er majorenn iſt, unter Lebenden frei darüber zu verfügen befugt iſt. Vergl. Glück, XIV. S. 349. Mühlenbruch, §. 575, Note 21.

56) L. 2. C. h. t. Eine ſtillſchweigende Genehmigung iſt vorhanden, wenn der Sohn nach aufgehobener väterlicher Gewalt mit der Bezahlung den Anfang macht, ohne ſich in Anſehung der ganzen Schuld durch Proteſtation zu verwahren. L. 7. §. 16. D. h. t., oder wenn er nach aufgehobener väterlicher Gewalt von dem während derſelben contrahirten Darlehn Zinſen zahlt, L. 4. C. de non numerata pecun. (4. 30.), oder dem Gläubiger wegen deſſelben einen Bürgen ſtellt. Glück, XIV. S. 327. Dagegen wird durch eine nach aufgehobener väterlicher Gewalt vorgenommene Pfandbeſtellung die Einrede, nur ſoweit das Pfand reicht, beſeitigt. L. 9. pr. D. h. t. Vgl. über den Grund dieſer Beſtimmung Glück, XIV. S. 327 flg.

57) Wening-Ingenheim, Bd. 2, §. 171. Mühlenbruch, §. 575.

58) Glück, XIV. S. 312 flg.

59) L. 10. D. h. t.

60) L. 9. §. 4. D. h. t. wo auch beſtimmt iſt, daß dem Bürgen, der ſich ohne Einwilligung des Vaters verbürgt hat, das Rückforderungsrecht nicht zuſteht.

61) L. 14. D. de reb. credit. (12. 1.)

62) In der L. 14. D. cit. referirt Ulpian, ohne ein Bedenken dagegen auszuſprechen, die Meinung des Marcellus, nach welcher der Vater gegen den Darlehngeber, der das Darlehn von dem Sohne zurückerhalten, zwar die vindicatio, aber falls das Geld bereits conſumirt ſei, keine condictio habe. In

kind geht aber dieses Rückforderungsrecht des Vaters auf keinen Fall über, wenn es gleich Erbe desselben geworden sein sollte[63]). Denn es würde sich nicht mit der zwischen dem Darlehngeber und ihm bestehenden naturalis obligatio vereinigen lassen, daß es eine Klage anstellte, um eine Summe zurückzufordern, welche es hinzugeben an und für sich verbunden gewesen war, so daß ihm, wenn es als Erbe die Rechte seines verstorbenen paterfamilias geltend machen wollte, immer die exceptio doli würde entgegengesetzt werden können. Die exceptio SC. Macedoniani wird übrigens zu den sogenannten privilegirten Einreden gerechnet, welche, insofern sie sogleich liquid sind, auch nach dem Urtheile noch im Executionstermine vorgeschützt werden können[64]). Daß der Richter dieselbe, wenn sie von dem Beklagten nicht ausdrücklich vorgeschützt ist, von amtswegen suppliren müsse, kann nicht behauptet werden[65]). Eben so wenig kann angenommen werden, daß das SC. Macedonianum heutiges Tages wegen der veränderten Verhältnisse der väterlichen Gewalt keine Anwendung mehr erleide[66]).

Particularrechtlich, wo nämlich das Institut der Geschlechtsvormundschaft besteht, können sich auch Frauenzimmer ohne Zuziehung und Einwilligung ihrer Vormünder nicht durch Darlehn verbindlich machen[67]).

---

L. 9. §. 1. D. de SC. Maced. dagegen referirt Ulpian ebenfalls billigend eine Meinung des Julian, welcher dem Vater allerdings auch eine condictio gegen den Darlehngeber zuspricht, wenn der Sohn mit solchem Gelde, über welches ihm keine Disposition zustand, Zahlung geleistet hatte. Diese beiden Stellen, von welchen die eine dem Vater die condictio zuspricht, die andere dagegen ihm dieselbe abspricht, sucht man gewöhnlich dadurch zu vereinigen, daß man die in L. 14. cit. referirte Meinung des Marcellus auf den Fall bezieht, da der Darlehngeber das zurückerhaltene Geld bona fide consumirt habe, während dagegen in L. 9. §. 1. cit. eine malae fidei consumtio gemeint sei. Weninge-Ingenheim, §. 171, Note l. Mühlenbruch, §. 575. Dieser Vereinigungsversuch hat aber immer das gegen sich, daß die Stellen selbst zu der Unterscheidung zwischen bonae fidei und malae fidei consumtio gar keine Veranlassung geben. Nach einer anderen Ansicht (s. Glück, XIV. S. 319), sind beide Stellen so zu vereinigen, daß in L. 9. §. 1. cit. von der condictio sine causa, in der L. 14. cit. dagegen von der condictio certi ex mutuo die Rede sei, so daß die erstere stets, der Darlehngeber möge bona oder mala fide consumirt haben, die letztere dagegen niemals dem Vater zustände. Allein von einer condictio certi ex mutuo kann hier gar nicht die Rede sein, da das Geld, um dessen Rückforderung es sich handelt, weder als Darlehn gegeben, noch als solches angenommen worden ist. Andere, wie Cuiacius, observat. lib. XIV. cap. 35, und Noodt, comment. ad Dig. h. t. meinen, die beiden Stellen seien gar nicht zu vereinigen. Der Widerspruch wäre sogleich gehoben, wenn man in der L. 9. §. 1. cit. statt condictionem lesen wollte vindicationem. Für diese Lesart spricht theils der Umstand, daß am Eingange der Stelle zunächst die Frage aufgeworfen ist, ob der Vater das Geld vindiciren könne, eine Frage, die ohne die vorgeschlagene Lesart ganz unbeantwortet bleiben würde, theils die äußere Aehnlichkeit der beiden Wörter, welche die Abschreiber leicht verleiten konnte, beide miteinander zu verwechseln.

63) L. 26. §. 9. D. de condict. indeb. (12. 6.)
64) Wegen L. 11. D. h. t. vergl. Glück, XIV. S. 348.
65) Vgl. darüber Glück a. a. O. S. 346 flg.
66) Vgl. Glück a. a. S. 354.
67) S. d. Art. Geschlechtsvormundschaft.

In ähnlicher Weise bedürfen Ehefrauen, welche in Gütergemeinschaft leben, des Consenses ihrer Ehemänner, damit die von ihnen aufgenommenen Darlehne für die Gütergemeinschaft verbindlich werden[68]). Dagegen unterliegt gemeinrechtlich die Fähigkeit der Frauenzimmer, sich durch Darlehn verbindlich zu machen, keinem Zweifel. Nur wenn ein Frauenzimmer bei Aufnahme des Darlehns ausdrücklich erklärte, daß es für einen Anderen sei, würde von ihr, um der Verbindlichkeit der Zurückzahlung zu entgehen, die exceptio SC. Velleiani gebraucht werden können, weil darin eine Intercession enthalten sein würde[69]). Im Zweifel aber ist es nicht als Bürgschaft anzusehen, wenn eine Ehefrau gemeinschaftlich mit ihrem Manne eine Schuldverschreibung ausstellt, in welcher sich beide als Schuldner bekennen. Daher kann die Frau in diesem Falle auf ihren Antheil belangt werden, ohne daß es dazu von Seiten des Darlehngebers des Beweises bedürfte, daß das Geld wirklich in den Nutzen der Ehefrau verwendet worden sei[70]).

In Folge besonderer gesetzlicher Bestimmung war es bei den Römern dem praeses provinciae verboten, von seinen Provinzialen Darlehne aufzunehmen[71]). Daraus leiten viele Rechtslehrer den Grundsatz ab, daß ein Richter, so lange der Prozeß dauert, von den streitenden Parteien kein Darlehn in Empfang nehmen dürfe[72]).

Was nun das aus dem Darlehnsvertrage entspringende obligatorische Recht betrifft, so wird durch denselben nur eine einseitige Klage, die actio mutui oder condictio certi ex mutuo für den Darlehngeber begründet, durch welche er die gleiche Quantität und Qualität der dargeliehenen Sachen zurückfordern kann[73]). Für den Darlehnnehmer entspringt aus dem Darlehnvertrage keine Klage. Derselbe kann vielmehr, wenn ihm durch die Schuld des Darlehngebers Schaden zugefügt sein sollte, weil sich z. B. unter dem dargeliehenen Gelde falsche Münzsorten befanden, seine Entschädigungsansprüche gegen denselben nicht mit einer etwaigen actio mutui contraria, sondern nur mit einer actio ex delicto verfolgen[74]). Wenn Mehrere das Darlehn gemeinschaftlich hingegeben haben, muß Jeder von ihnen auf seinen Antheil die actio mutui anstellen[75]), sowie umgekehrt, wenn Mehrere gemeinschaftlich ein Darlehn aufgenommen haben, Jeder auf seinen Antheil belangt werden muß, wenn nicht ausdrücklich eine Correalobligation ausgemacht worden war[76]). Ebenso kann,

68) S. d. Art. Gütergemeinschaft.

69) L. 11. L. 12. D. ad SC. Velleian. (16. 1.) L. 2. L. 13. C. eod. (4. 29.) Vgl. Glück, XII. S. 61.

70) Glück a. a. O. S. 62.

71) L. 16. C. si certum petat. (4. 2.) vergl. mit L. 34. §. 1. D. de reb. credit. (12. 1.), wo es dem praeses erlaubt wird, von denen, die nicht zu seiner Provinz gehörig, Darlehne anzunehmen.

72) Vgl. Glück, XII. S. 56. Mühlenbruch, §. 373, Note 4.

73) Pr. J. quib. mod. re contrah. oblig. (3. 15.) L. 9. pr. D. de reb. credit. (12. 1.) Mühlenbruch, §. 374.

74) Vergl. Höpfner, Commentar über die Heineccischen Institutionen, §. 769, Note 1.

75) L. 9. C. si certum petat. (4. 2.)

76) L. 5. C. eod.

wenn der Darlehnnehmer mehrere Erben hinterläßt, von dieſen ein jeder nur zu ſeinem Erbſchaftsantheile belangt werden [77]). Selbſt wenn der Darlehnsvertrag unter der ausdrücklichen Bedingung abgeſchloſſen worden ſein ſollte, daß der Gläubiger jeden Erben des Schuldners auf das Ganze ſollte belangen dürfen, würde jeder einzelne Erbe nur nach Verhältniß ſeines Erbſchaftsantheiles belangt werden können [78]). Wenn der Darlehnnehmer in ſeinem Teſtamente verordnet hat, daß einer ſeiner Erben die ganze Schuld bezahlen ſolle, ſo wird zwar dieſer allerdings dazu verbunden, dennoch aber erhält der Darlehngeber dadurch nicht das Recht, dieſen allein zu belangen, vielmehr muß er ſich zunächſt an jeden einzelnen Miterben nach Verhältniß ſeines Erbſchaftsantheiles halten, welche alsdann von Demjenigen, der nach der teſtamentariſchen Verordnung die Schuld allein bezahlen ſollte, ihre Entſchädigung verlangen können [79]). Da der Darlehnsvertrag ein Realvertrag iſt, ſo kann durch ihn der Schuldner keine weitere Verbindlichkeit erhalten, als ſo viel zurückzuzahlen, als er empfangen. Zwar kann durch Vertrag rechtsgiltig ausgemacht werden, daß der Schuldner weniger zurückzahle, weil darin ein Erlaß von Seiten des Gläubigers enthalten iſt [80]), allein der Vertrag, daß er mehr zurückzahle, mußte nach römiſchem Rechte ganz ungiltig ſein, weil eine obligatio ex re nur ſo weit entſtehen konnte, als von Seiten des Gläubigers etwas hingegeben worden war [81]). Nach heutigem Rechte iſt dagegen ein ſolcher Vertrag allerdings giltig, inſofern kein verbotener Zinſenwucher darunter verſteckt iſt [82]). Aus dem angegebenen Grunde konnte nach römiſchem Rechte aus dem Darlehnsvertrage für ſich allein niemals die Verbindlichkeit der Zinſenzahlung entſtehen; es genügte dazu die Regel noch nicht einmal, daß dem Darlehn in einem pactum adjectum die Verbindlichkeit der Zinſenzahlung hinzugefügt wurde, ſondern es bedurfte dazu der Stipulation [83]), in welchem Falle aber das Geſchäft nicht mehr mutuum, ſondern foenus genannt wurde [84]). Nur in wenigen Fällen konnte nach römiſchem Rechte bei Darlehnen die Verbindlichkeit der Zinſenzahlung durch einfaches pactum begründet werden, nämlich bei dem Getreidedarlehn [85]) und bei dem von Städten [86]) und Argentarien [87]) ausgeliehenen Geldern. Auch das nauticum foenus, d. h. der Zins, welcher für ein auf des Gläubigers Gefahr über Meer gehendes Capital entrichtet werden muß, konnte durch bloßes pactum ausbedungen wer-

77) L. 1. C. eod. L. 1. 2. 6. C. de hereditar. action. (4. 16.) Dabei verſteht ſich von ſelbſt, daß der Gläubiger, dem ein Pfandrecht beſtellt iſt, gegen den Beſitzer der verpfändeten Sache auftreten kann.
78) L. 56. §. 1. D. de V. O. (45. 1.)
79) L. 69. §. 2. D. de legatis I.
80) L. 11. §. 1. D. de reb. cred. (12. 1.)
81) L. 11. cit. L. 17. pr. D. de pactis. (2. 14.
82) Vgl. Höpfner, Commentar, §. 768, Nr. 5.
83) L. 1. L. 3. L. 7. C. de usuris. (4. 32.)
84) L. 3. C. cit. L. 33. D. de reb. cred. (12. 1.)
85) L. 12. C. de usuris. (4. 32.)
86) L. 30. D. de usuris. (22. 1.)
87) Nov. 136. cap. 4.

den[88]). Nach heutigem Rechte können bei dem Darlehn nicht allein Verzugszinsen verlangt, sondern auch vertragsmäßige Zinsen durch einfachen Vertrag ausbedungen und zugleich mit dem Capital durch die actio mutui eingeklagt werden[89]). Von selbst verstehen sich übrigens die Zinsen auch heutiges Tages bei dem Darlehn keineswegs, sondern treten immer nur ein, entweder in Folge einer mora von Seiten des Schuldners, oder in Folge vertragsmäßiger Uebereinkunft[90]).

Der Gläubiger kann das Darlehn nicht eher zurückfordern, als nach Ablauf der Zeit, auf welche er dasselbe dem Schuldner zu lassen versprochen hatte. Umgekehrt braucht aber auch der Gläubiger das Darlehn nicht eher zurückzunehmen, als bis die Zahlungsfrist abgelaufen ist, falls dieselbe nicht lediglich zum Vortheil des Schuldners ausgemacht worden war[91]). Wenn gar keine Zahlungsfrist bestimmt worden ist, kann zwar im Allgemeinen von beiden Seiten zu jeder Zeit Zahlung gefordert und geleistet werden; von Seiten des Gläubigers muß aber dabei billige Rücksicht genommen werden, daß der Schuldner Zeit genug habe, theils das Darlehn in seinen Nutzen zu verwenden, theils die zur Rückzahlung erforderliche Quantität wieder aufzubringen[92]). Erforderlichen Falls kommt es dem richterlichen Ermessen zu, die dazu gehörige Frist zu bestimmen. In der Regel wird bei Darlehnen, welche ohne Bestimmung einer Rückzahlungsfrist abgeschlossen werden, ausgemacht, daß der wirklich zu leistenden Rückzahlung eine gewisse, z. B. vierteljährige oder halbjährige, Kündigung vorhergehe, in der Weise, daß die Zahlung nicht ohne Weiteres, sondern erst nach Ablauf der Kündigungsfrist geleistet und angenommen zu werden braucht. Gewöhnlich wird eine solche Kündigungsfrist für beide Theile angenommen. Es kann aber auch kommen, daß sich blos ein Theil die Aufkündigung vorbehält. Daß der andere Theil in einem solchen Falle sich des Rechtes zu kündigen gänzliches begeben habe, kann daraus nicht geschlossen werden. Vielmehr kann alsdann zu jeder Zeit von ihm gekündigt werden, insofern es nur nicht zum erweislichen Schaden des anderen Theiles geschieht. In dieser Beziehung muß bei verzinslichen Darlehnen auch von dem Schuldner die Rücksicht beobachtet werden, die Kündigung so lange Zeit vor der wirklichen Zahlung vorzunehmen, daß der Gläubiger Zeit und Gelegenheit habe, sein Geld ander-

---

88) L. 7. D. de nautico foen. (22. 2.) S. übrigens den Artikel foenus nauticum.

89) Glück, XII. S. 4.

90) Glück a. a. O. S. 5.

91) Im Zweifel wird zwar vermuthet, daß eine gesetzte Zahlungsfrist nur den Vortheil des Schuldners bezwecke, L. 41. §. 1. D. de V. O. (45. 1.) L. 17. D. de R. J. (50. 17.), und unter dieser Voraussetzung kann derselbe auch früher Zahlung leisten. L. 137. §. 2. D. de V. O. L. 70. L. 98. §. 4. D. de solution. (46. 3.) Bei zinsbaren Darlehnen muß jedoch die Frist als zum Vortheile beider Theile gereichend angesehen werden, so daß sich der Gläubiger keine frühere Zahlung gefallen zu lassen braucht. Arg. L. 55. §. 2. D. locati. (19. 2.) Vgl. Glück, XII. S. 93 u. 94.

92) L. 105. D. de solution. (46. 3.) Glück a. a. O. S. 94.

weitig zinsbar unterzubringen[93]). Ueber die hier anzunehmende Frist muß erforderlichen Falls auch das richterliche Ermessen entscheiden.

Der Schuldner muß an Quantität und Qualität so viel zurückgeben, als er empfangen. Daher muß nicht allein der Gattung[94]), sondern auch der Güte nach so viel zurückgegeben werden, als hingegeben war[95]). Bei Gelddarlehnen ist es nicht unbestritten, wie die Quantität des Zurückzuzahlenden zu bestimmen sei, zumal wenn in der Zeit, die zwischen dem Hingeben und dem Zurückzahlen des Darlehns liegt, eine Münzveränderung eingetreten war[96]). Im Allgemeinen müssen für die Rückzahlung von Gelddarlehnen folgende Grundsätze entscheiden.

Dem eigenthümlichen Charakter des Geldes zufolge kann es nicht darauf ankommen, daß die Rückzahlung desselben in denselben Münzsorten erfolge, in welchen das Darlehn hingegeben worden war[97]). Denn Geld ist an und für sich etwas rein Intellectuelles, das den allgemeinen Maßstab des Preises der dem Verkehre unterworfenen Sachen bedeutet, und deßwegen im Verkehre als allgemeines Ausgleichungsmittel gebraucht wird. Als Gegenstand und Mittel dieses allgemeinen Maßstabes ist das Metall angenommen, welches sich wegen seiner allgemeinen Nutzbarkeit, leichten Theilbarkeit und der Bequemlichkeit, mit welcher es circuliren kann, vorzüglich dazu empfehlen mußte. Daß aber eine bestimmte Quantität Metalles eine bestimmte Summe Geldes repräsentire und einen bestimmten Werth habe, zu welchem sie als allgemeines Ausgleichungsmittel angenommen werden muß, kann nur durch eine Erklärung der höchsten Staatsgewalt geschehen, nach welcher jene zu diesem Werthe angenommen werden muß[98]). Diese Erklärung geschieht dadurch, daß das Metall zur Münze gemacht wird, indem ihm durch aufgedruckten Stempel der Werth beigelegt wird, zu welchem es Giltigkeit haben soll. Wenn das Geld seinen Zweck, als allgemeines Ausgleichungsmittel zu dienen, wirklich erreichen soll, müssen nothwendig verschiedene Münzsorten geprägt worden, von größerem und von geringeren Werthe, um eben die verschiedenen Preise der Dinge ohne Schwierigkeit damit bezahlen zu können; es ist aber klar, daß eine und dieselbe Summe Geldes durch Münzen von verschiedener Sorte repräsentirt werden kann, wenn nämlich die Münzen der einen Sorte zusammen genommen denselben Werth haben, als die Münzen einer anderen Sorte zusammen genommen. Daher kann der Gläubiger, wenn er auch in anderen Münzsorten bezahlt wird, dieselbe Summe Geldes zurückerhalten, als er hingegeben hatte.

Ob aber der Schuldner in der That genau die empfangene Summe zurückgibt, kann nicht blos davon abhängen, daß die zurückgezahlte Summe

---

93) Glück a. a. O. S. 95 u. 96.

94) Wenn eine andere Gattung, z. B. für Getreide Wein, zurückgegeben werden soll, ist es kein Darlehn. L. 2. pr. D. de reb. cred. (12. 1.)

95) L. 3. D. eod.

96) Die verschiedenen Ansichten darüber s. bei Glück, XII. S. 64 flg.

97) L. 1. D. de contrab. emt. (18. 1.) L. 3. D. de reb. cred. (12. 1.) S. vorzüglich Pfeiffer, praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit, 1. Band, Nr. VII. §. 7. Mühlenbruch, §. 375.

98) Pfeiffer a. a. O. §. 1.

mit der empfangenen dem Namen nach übereinkommt, sondern ist zugleich dadurch bedingt, daß beide Summen dem Münzfuße nach übereinstimmen. Unter Münzfuß versteht man das Normalverhältniß, welches bei Ausprägung des Geldes in Hinsicht des Schrotes und Kornes beobachtet wird, so daß nach demselben die Anzahl der gleichnamigen Geldstücke, welche aus einer gewissen Quantität reinen Metalles ausgeprägt werden soll, bestimmt wird. Daher sind 100 Gulden nach dem Achtzehnguldenfuße eine andere Summe Geldes, als 100 Gulden nach dem Vierundzwanziggulden-fuße, weil nach jenem Münzfuße aus der Mark Silber nur 18, nach diesem dagegen 24 Gulden geprägt werden sollen [99]). Von dem Münzfuße ist der innere und äußere Werth der Münzsorten unterschieden, indem jener den reinen Metallgehalt bedeutet, welchen die Münzsorten wirklich haben, dieser dagegen den Preis angibt, welchen dieselben der Erklärung der Staatsgewalt zufolge gelten sollen [100]). Da aber die Quantität einer bestimmten Geldsumme nicht abhängig ist von den Münzsorten, in welchen sie bezahlt wird, sondern vielmehr eine und dieselbe Geldquantität durch verschiedene Münzsorten hergestellt werden kann, so kann die Quantität einer in Frage stehenden Summe Geldes nur durch den Münzfuß, welcher ihr zu Grunde gelegt ist, bestimmt werden [101]). Daraus ergeben sich folgende Regeln.

1) Was zurückgezahlt werden muß, ist immer die dargeliehene Summe nach demselben Münzfuße, nach welchem sie dargeliehen worden war. Wenn es zweifelhaft ist, nach welchem Münzfuße ein Darlehn contrahirt worden, so streitet die Vermuthung für denjenigen, welcher an dem Orte, an welchem dasselbe ausgezahlt wurde, gewöhnlich zu Grunde gelegt wurde, oder nach welchem bisher die Zinsen bezahlt worden waren [102]). Dabei kann sich der Schuldner aller Münzsorten bedienen, welche im Lande zur Zeit der Rückzahlung gesetzliche Giltigkeit haben [103]), soweit nicht durch Gesetz [104]) oder Vertrag eine Beschränkung eintritt. Ausländische Münzen, welchen ein gesetzlicher Werth im Lande nicht beigelegt ist, kommen in diesem überhaupt nicht als Geld in Betracht und brauchen daher von dem Gläubiger gar nicht angenommen zu werden. Denn der gesetzliche

---

99) Pfeiffer a. a. O. §. 2.

100) Pfeiffer a. a. O. §. 3 u. 4.

101) Pfeiffer a. a. O. §. 2.

102) S. Glück, XII. S. 89.

103) L. 24. §. 1. D. de pignerat. action. (13. 7.) Auch wenn das Darlehn in der inzwischen außer Giltigkeit gesetzten Münzsorte hingegeben war, darf es nicht in derselben zurückgegeben werden. Bestritten ist, ob das Darlehn auch in solchen Münzsorten zurückgegeben werden könne, welche zwar noch nicht abgesetzt sind, deren Absetzung aber nächstens bevorsteht. Vgl. darüber Glück, XII. S. 89 u. 90. Hier muß wohl entscheiden, ob die Zahlung in diesen Münzsorten zu einer Zeit angeboten wird, da es dem Gläubiger noch möglich ist, dieselben wieder anzubringen. S. oben bei Note 93.

104) R.-A. von 1576, §. 76, wornach derjenige, der ein Capital zu zahlen hat, nicht mehr als 25 Gulden kleine Münze, welche Summe nach dem 24 Guldenfuße $44\frac{4}{9}$ Gulden beträgt, zur Zahlung bringen darf. Glück a. a. O. S. 67, Note 76. S. auch allgemeines Landrecht für die preuß. Staaten, Theil I, Tit. XI, §. 780.

Werth, den sie in ihrem Staate haben, kann für die Angehörigen anderer Staaten nicht verbindend sein[105]).

2) Wenn eine Münzveränderung eintritt in der zwischen dem Empfange und der Rückzahlung liegenden Zeit, ist zu unterscheiden, ob die Veränderung den Münzfuß, oder ob sie nur den Werth der Münzen betrifft[106]). Da es der Münzfuß ist, welcher über die Quantität einer bestimmte Geldsumme entscheidet, so ist klar, daß der Gläubiger nur alsdann dieselbe Summe zurückerhält, wenn bei der Rückzahlung derselbe Münzfuß zu Grunde gelegt wird, in welchem er das Darlehn hingegeben. Daher muß, wenn die schuldige Summe in Münzen nach dem neuen Münzfuße zurückgezahlt wird, eine Abschätzung derselben nach ihrem Verhältnisse zu dem älteren Münzfuße nothwendig vorhergehen[107]). Wenn dagegen die Veränderung nicht den Münzfuß, sondern den Werth der Münzsorten betrifft, so ist sie im Allgemeinen ohne allen Einfluß auf den Inhalt der Verbindlichkeit. Denn diese geht nur auf eine bestimmte Quantität Geldes, welche nicht nach den Münzsorten, sondern nach dem Münzfuße bestimmt wird, und deßwegen bei unverändertem Münzfuße auch in veränderten Münzsorten genau wieder gegeben werden kann. Nur das könnte dabei in Frage kommen, wie die veränderten Münzsorten bei der Rückzahlung zu berechnen seien. Hier kann es keinem Zweifel unterliegen, daß nur die Zeit der Rückzahlung, nicht die Zeit des hingegebenen Darlehns entscheiden könne, da die Münzsorten nicht den Gegenstand der eigentlichen Verbindlichkeit, sondern nur den Gegenstand der Zahlung ausmachen, und deßwegen nur nach dem Werthe berechnet werden können, den sie zur Zeit der Zahlung haben. Dabei kann aber nicht der innere, sondern nur der äußere Werth der Münzen entscheiden. Denn daß die Münzen überhaupt Geld sind und einen gewissen Preis repräsentiren, hat seine nächste Ursache nur darin, daß ihnen von der Staatsgewalt dieser Preis beigelegt worden ist. Daher können sie nur zu dem Preise in Betracht kommen, der ihnen von der Staatsgewalt beigelegt ist, und dieser Preis bildet den äußeren Werth derselben[108]). Nur wenn in Folge besonderer vorübergehender Zustände, z. B. in Kriegszeiten, den Münzen ein äußerer Werth beigelegt wäre, der in gar keinem Verhältnisse zu ihrem Metallgehalte stünde, würden dieselben nicht zu diesem Werthe angerechnet werden dürfen, weil derselbe, als blos vorübergehend, nicht zum festen Maßstabe genommen werden könnte[109]).

3) Wenn der Vertrag in der Art abgeschlossen ist, daß der Schuldner die bestimmte Anzahl bestimmter Münzsorten, welche er empfangen, zurückgeben soll, so ist die Schuld gar nicht eigentlich als Geldschuld anzusehen, deren Gegenstand eine bestimmte Summe Geldes bildete, sondern blos als Schuld der bestimmten Stückzahl bestimmter Münzen, welche

---

105) Pfeiffer a. a. O. §. 4.

106) Ueber die verschiedenen Weisen, in welchen eine Münzveränderung vorkommen kann, s. Pfeiffer a. a. O. §. 5.

107) Pfeiffer a. a. O. §. 8, Nr. 1.

108) Pfeiffer a. a. O. §. 8, Nr. 2.

109) Mühlenbruch, §. 375, Nr. 2, b.

ohne alle Rücksicht auf ihren Geldwerth zurückgegeben werden müssen. Daher kann bei einem dergestalt abgeschlossenen Darlehne auch eine etwaige Veränderung des Münzfußes nicht in Betracht kommen, da es dabei immer nur darauf ankommt, daß die bestimmte Stückzahl der bestimmten Münzen zurückgegeben werde. Wenn die Zahlung nicht in den bestimmten Münzsorten in Natur geleistet werden kann, so ist das dafür in anderen Münzsorten zu gebende Aequivalent lediglich nach dem reinen Metallwerthe zu berechnen, welchen die eigentlich zurückzugebenden Münzsorten hatten [110]).

4) Wenn das Darlehn zwar als Gelddarlehn, auf eine bestimmte Summe Geldes abgeschlossen wurde, jedoch mit Angabe der Münzsorten, in welchen es der Gläubiger hingegeben [111]), so wird durch diese Modification die Natur des Geschäftes, als eines reinen Gelddarlehns an und für sich nicht verändert. Denn die Summe Geldes bleibt dieselbe ob sie in diesen oder in jenen Münzsorten bezahlt wird. Der Schuldner ist daher, wenn es nicht besonders ausgemacht ist, bei der Rückzahlung an die bestimmten Münzsorten nicht gebunden [112]). Ist aber eine bestimmte Verabredung in dieser Beziehung getroffen, so muß er allerdings in den vertragsmäßigen Münzsorten zurückzahlen. Dabei müssen jedoch die Münzsorten, wenn der äußere Werth derselben inzwischen eine Veränderung erlitten hatte, zu demjenigen Werthe berechnet werden, den sie zur Zeit der Rückzahlung hatten. War dagegen der Werth, zu welchem sie bei der Rückzahlung berechnet werden sollten, zum Voraus bestimmt, so hört das Darlehn auf reines Gelddarlehn zu sein. Denn mit dieser Bestimmung ist nothwendig die Stückzahl der Münzsorten bestimmt, welche zurückgegeben werden sollen, so daß die unter Nr. 3 angegebenen Gesichtspunkte eintreten.

5) Wenn das Darlehn als Gelddarlehn abgeschlossen worden ist, jedoch mit der Angabe, daß dabei bestimmte Münzsorten, und zwar zu einem von dem gesetzlichen äußeren Werthe abweichenden Geldcurse [113]) gebraucht worden seien, so wird auch durch diese Modification die Natur des Geschäftes als eines Gelddarlehns nicht verändert [114]). Es kann daher, wenn nicht etwas Anderes ausgemacht ist, der Schuldner auch in anderen Münzsorten zurückzahlen, wobei aber natürlich der vertragsmäßige abweichende Geldcurs mit in Rechnung zu bringen ist. Zahlt der Schuldner in denselben Münzsorten zurück, so kann er sie zu demselben Werthe anrechnen, zu welchem er sie empfangen, wenn nicht inzwischen eine Veränderung des äußeren Werthes dieser Münzsorten eingetreten war. Denn in diesem Falle kann zwar der Schuldner diese Münzsorten nicht zu ihrem dermaligen Werthe berechnen, weil eben zwischen den Contrahenten ein abweichender Geldcurs angenommen worden war; aber jedes Falles

110) Pfeiffer a. a. O. §. 7 a. E.
111) Z. B. 100 Thlr. in Laubthalern, in Ducaten, in Eindrittelstücken.
112) Pfeiffer a. a. O. §. 10.
113) Ueber den Begriff des Geldcurses s. Pfeiffer a. a. O. §. 6.
114) Z. B. 100 Thlr. in Ducaten zu $3\frac{1}{3}$ Thlr.

muß die Münzveränderung den Einfluß haben, daß die Münzsorten bei der Rückzahlung zu einem Curse berechnet werden, der zu ihrem dermaligen äußeren gesetzlichen Werthe in demselben Verhältnisse steht, in welchem der Curs, zu welchem sie als Darlehn hingegeben wurden, zu demjenigen äußeren Werthe stand, den sie zur Zeit der Hingabe hatten [115]). Denn nur alsdann läßt sich sagen, daß der Darlehngeber dieselbe Summe zurückerhalte, welche er hingegeben. Dagegen ist es ebenfalls kein eigentliches Gelddarlehn, sondern ein Darlehn einer bestimmten Rückzahl bestimmter Münzsorten, wenn ausgemacht wird, daß der Schuldner die Münzsorten nach demselben Curse zurückzahlen solle, nach welchem er sie empfangen.

6) Oftmals wird der Geldsumme des Darlehns die Angabe bestimmter Münzsorten hinzugefügt, nicht um über diese selbst eine Bestimmung zu treffen, so daß in keinen anderen als den angegebenen zurückgezahlt werden dürfte, sondern um die Quantität der Geldsumme dadurch näher zu bezeichnen [116]). Alsdann braucht sich der Schuldner auch nicht der angegebenen Münzsorten zu bedienen, wenn er nur die Quantität Geldes bezahlt, die wirklich gemeint war. Dabei wird in der Art verfahren, daß die angegebene Summe auf die Stückzahl der angegebenen Münzsorten reducirt wird, und diese alsdann nach dem äußeren Werthe, den sie zur Zeit der Zahlung haben, berechnet werden [117]).

7) Wenn das Darlehn in Papiergeld hingegeben war oder zurückgezahlt werden soll, muß ebenfalls der Grundsatz entscheiden, daß der Gläubiger so viel zurückerhalten muß, als er hingegeben hatte. Daher muß der Schuldner, wenn das Darlehn in Papiergeld gegeben war, und in baarem Gelde zurückbezahlt werden soll, von letzterem so viel entrichten, als zur Zeit des gemachten Darlehns für das empfangene Papiergeld davon erhalten werden konnte. Ebenso muß im umgekehrten Falle, wenn das in baarem Gelde gegebene Darlehn in Papiergelde zurückbezahlt werden soll, von diesem so viel gegeben werden, daß dafür die dargeliehene Summe baaren Geldes eingewechselt werden kann. Wenn das Darlehn in Papiergelde gemacht war und in Papiergelde zurückbezahlt werden soll, muß der Schuldner von diesem so viel zurückgeben, daß dafür zur Zeit der Rückzahlung diejenige Summe baaren Geldes eingelöst werden kann, welche zur Zeit der Hingabe für das dargeliehene Papiergeld eingewechselt werden konnte [118]). Denn das Papiergeld ist immer nur ein Surrogat oder ein Vertreter des wirklichen Geldes, so daß die zu bezahlende Quantität immer nur nach diesem bestimmt werden kann. Weil sich aber Niemand statt der eigentlichen Leistung, die ihm geschuldet wird, das bloße Surrogat derselben aufdringen zu lassen braucht, so kann auch im Allgemeinen Niemand zugemuthet werden, statt baaren Geldes Papiergeld in Empfang zu nehmen.

---

115) Pfeiffer a. a. O. §. 10, S. 68 u. 69.
116) Z. B. 100 Thlr. in Golde oder in Zwanzigkreuzern.
117) Pfeiffer a. a. O. §. 11.
118) Mühlenbruch, §. 375, Nr. 3.

Wenn übrigens der Beklagte leugnet, das Darlehn empfangen zu haben, so liegt dem Kläger der Beweis ob, daß er dasselbe ausgezahlt habe. Denn dieser Punkt gehört zu dem Grunde der Klage, weil das Darlehn ein Realcontract ist, der erst durch die Tradition vollzogen wird. Wenn der Kläger diesen Beweis durch Zeugen oder durch Eidesdelation führen will, so kommen dafür die gewöhnlichen Grundsätze über die Beweisführung in Anwendung. Eigenthümliche Grundsätze treten aber ein, wenn der Kläger diesen Beweis führen will durch einen von dem Beklagten ausgestellten Schuldschein, chirographum, in welchem dieser bekennt, das Darlehn in Empfang genommen zu haben. Nach ausdrücklicher Bestimmung der Gesetze soll ein solcher Schuldschein, wenn seit seiner Ausstellung noch nicht zwei Jahre verlaufen sind, Nichts gegen den Beklagten beweisen[119]). Dieser kann vielmehr, wenn er vor Ablauf dieser Frist auf den Grund eines solchen Schuldscheines mit der actio mutui belangt wird, die exceptio non numeratae pecuniae dagegen vorschützen, und dadurch bewirken, daß der Kläger den Beweis der wirklich erfolgten Auszahlung des Darlehns auf andere Weise führen muß. Der Grund dieser singulären Bestimmung liegt in der Rücksicht, daß häufig Schuldscheine ausgestellt und übergeben werden in der bloßen Hoffnung, Geld geliehen zu erhalten, ohne daß die Auszahlung wirklich erfolgt[120]). Dagegen wird der Aussteller eines solchen Schuldscheines, nachdem zwei Jahre seit der Ausstellung verflossen, durch denselben schlechterdings verpflichtet Zahlung zu leisten, ohne daß ihm noch der Beweis verstattet wäre, daß er das Geld gar nicht empfangen[121]). Denn der Grund seiner nunmehrigen Verpflichtung liegt nicht darin, daß angenommen würde, er habe das Darlehn wirklich empfangen, sondern nur darin, daß er sich schriftlich zu einer Schuld bekennt, ohne das Bekenntniß zur gehörigen Zeit zurückzunehmen oder gegen dasselbe zu protestiren. Es ist daher alsdann gar nicht mehr von einem Darlehn als einem Realcontracte, sondern von einem ganz neuen Litteralcontracte die Rede. Deßhalb wird auch von der exceptio non numeratae pecuniae im Einzelnen zweckmäßiger in einem eigenen Artikel gehandelt werden. Luden.

**Datio in solutum** (besser in solutum datio[1]) oder pro soluto datio[2])), Hingabe an Zahlungsstatt, heißt im römischen Rechte die Bezahlung einer Schuld durch die Aushändigung einer Sache, welche nicht

119) Tot. Tit. J. de litterar. obligat. (3. 21. [22.]) Tot. Tit. C. de non numerata pecun. (4. 30.)

120) S. Glück, XII. S. 100.

121) L. 8. i. J. L. 14. pr. C. h. t.

1) So z. B. L. 45. pr. D. de solut. et lib. (46. 3.) L. 10. C. de solut. et lib. (8. 43.) — Literatur: Brissonius, de solutionibus et liberationibus, lib. I. p. 144—148. Pothier, Pandectae Iustinianeae, lib. 46. tit. 3. pars II. art. V. §. 1. tom. III. p. 275—277. Marezoll, über die datio in solutum, in v. Löhr's Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, Bd. 4, H. 2, S. 230—246. Vergl. auch den Art. beneficium dationis in solutum.

2) So in L. 4. C. de evictionibus. (8. 45.)

der Gegenstand der Obligation ist, an den Gläubiger. Wenn es nämlich auf der einen Seite den contrahirenden Parteien überlassen bleiben mußte, an die Stelle eines geschuldeten Gegenstandes durch Convention einen anderen zu setzen [3]), so war auf der anderen Seite der Gläubiger vor willkürlichen Eingriffen des Schuldners in seine Rechte schon durch die Regel des alten Rechtes geschützt: invito creditori aliud pro alio solvi non posse [4]), — eine Regel, welche zu der Annahme berechtigen mußte, daß, wofern der Gläubiger nicht einwilligt, eine datio in solutum in der Regel nicht möglich [5]), wenn schon Justinian in einem Falle dem Schuldner erlaubt hat, den Gläubiger auch gegen seinen Willen mit etwas Anderem, als was den Gegenstand der Obligation ausmacht, abzufinden [6]). Fragt man, in welche Form ein solcher Vertrag gekleidet wurde, so finden sich in den römischen Rechtsquellen zur Bezeichnung desselben nur Ausdrücke gebraucht, wie placitum [7]), transigere [8]), consentiente creditore aliud pro alio solvitur [9]), res pro numerata pecunia consentiente creditore datae [10]) etc., und es scheint mithin, daß hier die freieste Vertragsform zulässig gewesen sei. Was ferner die Erfordernisse anbetrifft, welche die Hingabe an Zahlungsstatt voraussetzt, so lassen sie sich auf folgende Punkte zurückführen. 1) Es muß ein Schuldverhältniß zwischen den Paciscenten existiren, gleichviel, ob sich dasselbe auf eine civile, prätorische oder natürliche Verbindlichkeit stützt, oder ob es aus einem Contracte oder Delicte hervorgeht. 2) Die Contrahenten müssen überhaupt die Fähigkeit haben zu paciscіren und über ihr Vermögen selbstständig zu verfügen. 3) Es muß statt der geschuldeten Sache irgend eine andere hingegeben werden, gleichviel ob dieß eine bewegliche, eine unbewegliche Sache oder gar eine außenstehende Schuldforderung ist [11]), wofern es nur überhaupt etwas ist, was zu Gelde angeschlagen werden kann. 4) Die hingegebene Sache muß dem Empfänger derselben, d. h. dem Gläubiger definitiv verbleiben [12]). Daher können nur solche Sachen an Zahlungsstatt hingegeben werden, welche im Eigenthum oder unter der Disposition von Privatleuten sein können; also ist die Hingabe an Zahlungsstatt nur dann von Wirkung, wenn dem, welcher die Sache hingab, ein definitives Recht an der hingegebenen Sache zusteht [13]). Man nimmt, um den Empfänger wegen des definitiven Behaltens der Sache sicher zu stellen, die Analogie des Kaufes zu Hilfe, und gewährt ihm, falls die Sache

3) L. 17. C. 8. 43. L. 45. pr. D. 46. 3.
4) L. 2. §. 1. D. de rebus creditis. (12. 1.)
5) Caius inst. III. §. 168. L. 16. C. 8. 43.
6) Nov. 4. cap. 3. §. 1. Vgl. den Art. beneficium dationis in solutum.
7) L. 24. C. 8. 43.
8) L. 96. §. 2. D. 46. 3.
9) Caius inst. III. §. 168.
10) L. 17. C. 8. 43.
11) L. 96. §. 2. D. 46. 3. L. 16. C. 8. 43.
12) L. 4. C. 8. 45. L. 46. pr. D. 46. 3.
13) L. 46. pr. D. 46. 3.

ganz oder theilweise evincirt wird, eine utilis actio gegen den Geber[14]), deſſen nicht zu gedenken, daß im Fall der Eviction die alte Verbindlichkeit immer noch fortbeſteht[15]). Und wahrſcheinlich ſind auf dieſen Fall auch die Vorſchriften des ädiliziſchen Edicts über Käufe anzuwenden, wenn ſchon in den römiſchen Rechtsquellen eine ſolche Ausdehnung weiter nicht erwähnt wird. 5) Die hingegebene Sache muß nach einer billigen Taxe geſchätzt ſein. Iſt ſie durch den Dolus des Gebers zu einem höheren Preiſe angeſchlagen worden, als den ſie wirklich hat, ſo treten die gewöhnlichen Wirkungen der in solutum datio nur dann ein, wenn das Fehlende nachgezahlt wird[16]). 6) Der Taxwerth der hingegebenen Sache muß den Betrag der alten Schuld decken, wofern die gewöhnliche Wirkung der in solutum datio eintreten ſoll. Dieſe Wirkung beſteht aber darin, daß die alte Schuld völlig aufgehoben wird. Im älteren Rechte war es zwar nach dem Zeugniſſe des Cajus[17]) unter den Juriſtenſchulen ſtreitig, ob dieß ipso iure oder per exceptionem, d. h. auf prozeſſualiſchem Wege effectuirt werde. Die Sabinianer, zu denen ſich dieſer Juriſt ſelbſt rechnet, behaupteten, die alte Obligation beſtehe ipso iure auch nach der in solutum datio fort, aber dem Schuldner ſtehe die doli exceptio zu, falls der alte Gläubiger, welcher durch das Hingeben an Zahlungsſtatt befriedigt worden, das ihm aus der alten Obligation zuſtehende Klagerecht geltend machen wollte. Die Proculianer hingegen nehmen an, daß die alte Schuld durch die Hingabe an Zahlungsſtatt ipso iure erlöſche, und ihre Meinung iſt in die Juſtinianiſchen Rechtsbücher übertragen worden[18]).

Im Allgemeinen erſcheint die in solutum datio als eine Begünſtigung des Schuldners. Denn nicht allein, daß kein Schuldner dazu gezwungen werden kann[19]), ſo beruht es in einem beſtimmten Falle ſogar auf geſetzlicher Verfügung, daß ſie als Rechtswohlthat dem Schuldner gegen den Gläubiger dann zu Gute komme, wenn bei chirographariſchen Schulden, deren Gegenſtand eine Summe baares Geld iſt, der Schuldner in der Lage iſt, daß er nur durch den Gebrauch dieſer Rechtswohlthat der Nothwendigkeit der Güterabtretung entgehen kann[20]). Nur als Folge dieſer Grundanſicht kann es gelten, wenn Ulpian den Mann, welcher ſeiner Frau durch Stipulation verſpricht, nach aufgelöſter Ehe anſtatt des Heurathsgutes Grundſtücke, welche dafür verpfändet waren, an Zahlungsſtatt ihr hinzugeben, von der Erfüllung dieſes Verſprechens frei

---

14) L. 4. C. de evictionibus. (8. 45.)

15) L. 46. pr. D. 46. 3.

16) L. 46. §. 2. D. 46. 3.

17) Inst. III. §. 168.

18) L. 46. §. 2. D. 46. 3. L. 17. C. 8. 43. Pr. J. quibus modis tollitur obligatio. (3. 30.) Vgl. L. 26. §. 4. D. de condict. indeb. (12. 6.)

19) L. 4. C. qui bonis cedere possunt. (7. 71.)

20) Iust. Nov. 4. cap. 3. §. 1. Vergl. Marezoll a. a. O. Bd. 4, Heft 2, S. 231—234.

spricht, falls er es vorzieht, seiner Frau das Heurathsgut in natura zurückzugeben [21]).

Durch die Hingabe an Zahlungsstatt wird in der Regel ein dauerndes, bleibendes Verhältniß begründet. Daher können die Erben oder sonstigen Universalsuccessoren des Schuldners, die einmal geschehene Uebergabe der an Zahlungsstatt hingegebenen Grundstücke später nicht mehr anfechten [22]), auch keine Ansprüche auf den Gewinn machen, welchen der befriedigte Gläubiger durch Anwendung eines höheren Fleißes und zeitgemäße Verbesserungen aus dem Grundstücke zieht [23]). Mit dieser Ansicht hängt es jedenfalls zusammen, wenn dem, welcher sich über ein ihm geschuldetes Legat mit dem Erben verglichen, und statt dessen ein außenstehendes Capital angenommen hat, auch ohne Delegation dieses Schuldners das periculum nominis zugesprochen wird [24]), und wenn dem Pupillen, welchem sein Vormund, falls er die Ansprüche aus der Vormundschaft fallen lasse, einen Theil seines Vermögens vermacht, nur ausnahmsweise unter besonderer Berücksichtigung seines Alters das Recht zugestanden wird, das bereits in Empfang genommene Legat zurückzugeben und dafür seine Ansprüche aus der Vormundschaft wieder aufzunehmen [25]). Auch kann es nur als Folge der oben aufgestellten Ansicht gelten, wenn der Gläubiger nach der Hingabe an Zahlungsstatt als Eigenthümer der empfangenen Sache sich darstellt, und sein Eigenthum gegen Dritte geltend machen kann [26]). Zur Erklärung der Wirkungen der Hingabe an Zahlungsstatt nimmt man die Analogie des Kaufes zu Hilfe [27]), und in Folge dieser Ansicht müßte man die an den Gläubiger taxirt übergebene Sache als das Object des Kaufcontractes, die alte Schuld, welche durch die Hingabe an Zahlungsstatt gedeckt wird, als Kaufpreis, den Schuldner als Verkäufer und den Gläubiger als Käufer ansehen. Dann würde der Schuldner, wie jeder andere Verkäufer, auch wegen der totalen und partiellen Eviction der an Zahlungsstatt hingegebenen Sachen gehalten sein [28]), und wenn in dieser Beziehung dem Gläubiger gegen den Schuldner auch eine utilis actio gestattet wird, so kann unter diesem Ausdrucke doch wohl nur die utilis emti actio gemeint sein [29]).

Endlich kann es nur als eine Einwirkung der allgemeinen Grund-

---

21) L. 45. pr. D. 46. 3.
22) L. 10. C. de solut. et liberat. (8. 43.)
23) L. 24. C. de solut. et lib. (8. 43.)
24) L. 96. §. 2. D. 46. 3.
25) L. 26. D. de lib. legata. (34. 3.)
26) L. 4. in fin. C. 7. 71.
27) L. 4. C. de evictionibus. (8. 45.) Nam huiusmodi contractus vicem venditionis obtinet. L. 24. C. de pignoraticia actione. (13. 7.) Immo utilis ex empto accommodata est, quemadmodum, si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat vel in quantum eius intersit.
28) L. 4. C. 8. 45. L. 46. pr. u. §. 1. D. 46. 3.
29) L. 4. C. 8. 45.

sätze von den Condictionsgründen gelten, wenn die indebiti condictio dem gestattet wird, welcher eine Geldschuld in Waaren, welche einen höheren Werth haben, irrthümlich bezahlt hat, zur Beitreibung des Zuvielgezahlten [30]). Umgekehrt steht diese Klage auf die ganze hingegebene Sache dem Schuldner zu, welcher anstatt einer Geldschuld ein Grundstück von höherem Werthe irrthümlich an Zahlungsstatt hingegeben hat [31]), damit der Kläger nicht durch die theilweise Restitution des Gründstückes in die unangenehme Nothwendigkeit einer Gemeinschaft mit dem Beklagten versetzt werde, wozu doch Niemand genöthigt werden soll. Freilich wird dem Beklagten an dem Grundstücke so lange ein Retentionsrecht zugestanden werden müssen, bis die Geldschuld wirklich bezahlt worden, was die römischen Rechtsquellen auch für den Fall annehmen, wenn Jemand anstatt versprochenen Goldes dem Anderen gegen dessen Wissen fälschlich Erz überantwortet [32]), und nachher vor der Retradition des letzteren auf Aushändigung des versprochenen Goldes belangt wird.

Ganz verschieden von der Berechtigung zur Hingabe an Zahlungsstatt ist der Fall, wenn Jemand verspricht eine bestimmte Summe baar Geld in einer bestimmten Art Waaren zu bezahlen [33]). Hier steht es nämlich dem Schuldner frei, ob er das Geld in natura oder eine Quantität Waaren von dem nämlichen Preise an den Gläubiger ausantworten will, und jede Solution dieser Art hat die Liberation des Schuldners zur Folge. Nur wenn der Gläubiger bereits die Sache durch Klage anhängig und in der Klagschrift die Summe Geldes als einzutreibendes Klagobject namhaft gemacht hat, hört das Wahlrecht des Schuldners auf, und er kann dann nur durch die Bezahlung der geforderten Geldsumme liberirt werden.

Heimbach.

**Decan** ist im Allgemeinen der Vorsteher einer in bestimmter Weise gegliederten Gesellschaft, insbesondere aber einer kirchlichen oder wissenschaftlichen Corporation. Daher haben wir den Decan als einen Würdenträger in einem Stifte, als den Vorsteher eines Ruralcapitels und als das Haupt einer Gelehrtenfacultät zu betrachten.

Der Ausdruck decanus bezieht sich zunächst und ursprünglich auf eine in bürgerlichen und militärischen Verhältnissen [1]) anerkannte Prärogative und hängt offenbar mit decem zusammen [2]). Darum gibt Isi-

---

30) L. 26. §. 5. D. 12. 6.
31) L. 26. §. 4. D. 12. 6.
32) L. 50. D. 46. 3.
33) L. 57. pr. D. 46. 3.

1) Ueber diese vergl. man Du Fresne und Suicer unter dem Worte decanus. — Ueber den decanus bei den Germanen s. m. v. Savigny, Geschichte des römischen Rechtes im Mittelalter, Bd. I; Eichhorn, teutsche Staats- u. Rechtsgesch. Bd. I, und die abweichende Ansicht in Jul. Weiske, die Grundlagen der früheren Verfassung Teutschlands. Leipzig 1836, 8.

2) Jacobus Gothofredus im Commentar zum Codex Theodos. lib. VI. tit. XXXIII. de decanis (T. II. 629 sq.) entscheidet sich für die Ablei-

dor in den Origines (lib. III. cap. III.) die Erklärung: decani dicuntur, quod decem militibus praeficiuntur[3]). Ein ähnliches Subordinationsverhältniß ward bei der Organisation des Klosterlebens üblich, indem je zehn Mönchen ein δέκαρχος, decanus zur Aufsicht bestellt wurde. So berichten uns Hieronymus, Augustinus, Cassian und Andere. Zwar band man sich später nicht mehr streng an die Zahl, die Einrichtung selbst aber behielt man bei, wie die Ordensregeln ergeben. So verordnet Benedict von Nursia, daß neben dem vom Abte zu wählenden praepositus (Regula, cap. 65) für größere Vereine Decane angenommen werden sollen. Si maior fuerit congregatio, eligantur de ipsis fratres boni testimonii et sanctae conversationis, et constituantur decani, qui solicitudinem gerant super decanias suas (cap. 21)[4]). An die Regel Benedicts schloß sich Chrodogang bei der Begründung des gemeinschaftlichen Lebens der Cleriker an[5]), und indem die bereits bestehenden kirchlichen Einrichtungen mit der neuen Anordnung verschmolzen wurden, trat zunächst in den bischöflichen Kirchen der Bischof gewissermaßen an die Stelle des Abtes, die Würde des Präpositus ging auf den Archidiaconus, die des Decanus auf den Archipresbyter über. In ähnlicher Weise erfolgte auch in den neuen Collegiatstiftern, sowie überhaupt in den Archidiaconaten und Archipresbyteraten die Verbindung der Propstei und Dechantei[6]). Die Verfassung selbst gestaltete sich indessen verschieden: denn bald standen unter dem Propste mehr Decane, von denen einer sich als der decanus senior an der Spitze befand, bald gab es nur einen Decan, und neben diesem wohl auch einen Subdecan, bald nur einen Decan, unmittelbar nach dem Abte oder an der Spitze des Capitels, da der Propst ganz fehlte[7]).

Nach diesen Vorbemerkungen betrachten wir

1) die Domdecane[8]).

Domdecan, Domdechant ist eine Dignität in einem Hochstifte (Domcapitel).

Als eine bleibende Einrichtung wurde in der erweiterten Regel Chrodogang's auf dem Concil zu Aachen im Jahre 817 die Bestellung

---

tung von δεκανᾶσθαι in der Bedeutung von ἀσπάζεσθαι, δεξιοῦσθαι, excipere, apprehendere.

3) Vergl. auch Vegetius, de re militari lib. II. cap. 8. — — decem militibus — — unus praeesset decanus u. And.

4) Mehrere andere Regeln weist Du Fresne nach s. v. decanus in monasteriis.

5) S. oben den Art. Canonicus, Bd. II, S. 545, Anm. 7.

6) S. die Art. Archidiaconus und Archipresbyter, Bd. I, S. 428 flg.

7) Beispiele davon finden sich theils schon früher, theils erst später. Man vergl. indeß Concil. Mogunt. a. 813, cap. XI. (Hartzheim, Concilia Germaniae T. I. p. 408).

8) Van Espen, ius eccles. universum lib. I. tit. XI. cap. II. Henr. Schubert, diss. de origine et conditione ecclesiarum collegiatarum §. XVI. (in Andr. Mayer, thesaur. novus iuris eccl. T. I. p. 178 sq.

eines Präpositus und Decanus im Capitel angeordnet [9]). Wir finden dieselben daher auch später allgemein, jedoch nicht immer in einem gleichen Verhältnisse zu einander. Anfangs erscheint mitunter der Propst im Besitze aller äußeren und inneren Gerechtsame, so daß den Decanen nur untergeordnete Functionen gebührten [10]). Im Laufe der Zeit nöthigte aber der Umfang der Geschäfte und die Unmöglichkeit einer dauernden Residenz den Propst, sich auf die Verwaltung der Temporalien zu beschränken, worauf der Decan die Leitung der Spiritualien erhielt. Jener wurde sogar oft vom Capitel völlig ausgeschlossen und der Decan nahm nun die erste Stelle im Capitel ein [11]), bisweilen selbst in der Weise, daß ihm die sonst dem Propste überwiesenen Gerechtsame mit zufielen [12]). Während des ganzen Mittelalters blieb so der Decan ein bedeutender Dignitarius [13]), und erscheint als ein solcher auch jetzt, nachdem das Institut der Domcapitel umfassend restituirt worden ist. Insoweit aber nicht durch Statuten und Observanzen, sowie durch die neueren meistens auf denselben beruhenden Vereinbarungen seine Stellung genauer bestimmt worden ist, können auch jetzt noch die Grundsätze des gemeinen canonischen Rechtes für anwendbar erklärt werden.

In den neuen Concordaten und Circumscriptionsbullen bekleidet der Decan da, wo die Probstei hergestellt ist, die zweite Dignität. In Hannover und in der oberrheinischen Kirchenprovinz gibt es keinen Propst und der Decan ist allein beibehalten.

Die Requisite zur Uebernahme des Decanats sind die allgemeinen, die von jedem Domcapitular gefordert worden [14]); insbesondere aber ist der ordo presbyteri ein Erforderniß, und eben darum das 25. Jahr [15]), es müßte denn ausnahmsweise dem Decan die Seelsorge fehlen, in welchem Falle nach der Bestimmung des Concils von Trient [16]) das 22. Jahr genügen würde.

Die Besetzung des Decanats stand früher den Capiteln zu. Da dasselbe als dignitas maior zu den beneficiis electivis gehörte, fiel nach den teutschen Concordaten die päpstliche Reservation hier fort [17]). Nähere

---

9) Cap. LXI: Ut Praepositus, Decanus, Cellararius de eorum ministerio, nisi causâ utilitatis aut necessitatis, non removeantur.

10) So war es z. B. im Capitel zu Rheims. M. s. Thomassin, ecclesiae vetus ac nova disciplina P. I. lib. III. cap. LXVI. nr. XV.

11) Beispiele gibt Schmidt, thesaurus iuris eccl. T. II. p. 730, 731.

12) So erklärt sich, wie die Ausdrücke decanus, praepositus, prior u. s. w. gleichbedeutend gebraucht werden konnten (Du Fresne s. v. decani ecclesiarum cathedralium).

13) Wir finden daher, wie selbst Bischöfe als Decane eines erzbischöflichen Capitels erscheinen. So war der Bischof von London Decan des Erzbischofs von Canterbury.

14) S. den Art. Canonicus, Bd. II, S. 551, 552.

15) Ut nullus fiat decanus in ecclesia, nisi presbyter, C. 1. dist. LX. (Urban II. a. 1095); s. Corr. Rom. ad h. l. — verb. c. 7. §. 2. X. de electione (1. 6.) (Alexander III. a. 1179). Clem. 3. de aetate (1. 6.) (Clemens V. a. 1311).

16) Sess. XXIV. cap. XII. de reform.

17) Koch, sanctio pragmatica Germ. p. 62. not. e. p. 68. not. gg.

Bestimmungen sind durch die neuen Vereinbarungen mit der Curie erfolgt. Darnach steht in Bayern dem König die Besetzung dieser Stelle zu, in Preußen den Erzbischöfen und Bischöfen [18]). In Hannover und der oberrheinischen Kirchenprovinz schlagen abwechselnd der Erzbischof (Bischof) oder das Capitel dem Landesherrn vier Candidaten vor, von denen einer, der etwa dem Regenten nicht genehm ist, aus der Liste gestrichen werden kann. Dann wählt der Bischof oder das Capitel. In Oesterreich besteht noch die ältere Einrichtung, nach welcher eine Concursprüfung veranstaltet wird, worauf der Landesherr ernennt.

Die Rechte des Decans sind umfassender, wenn dem Capitel der Propst fehlt. Da der Decan der eigentliche Vorstand des Capitels ist, so gebührt ihm die Berufung zu den Versammlungen, insoweit dieselbe nicht in Angelegenheiten, welche der Bischof vorzulegen hat, von diesem selbst zu bewirken ist [19]). Er präsidirt dem Collegium und macht die Vorschläge zu den Berathungen.

Insbesondere ist der Decan das Haupt im Chor. Alles was diesen und den Gottesdienst betrifft, steht unter seiner Leitung. Excesse, welche dabei vorkommen, werden von ihm gerügt. Ueberhaupt besitzt er eine Disciplinargewalt, deren Grenzen jedoch durch Gewohnheit und Statuten verschieden bestimmt sind [20]). Bald steht ihm diese Gewalt allein zu, bald dem Capitel, bald beiden gemeinschaftlich. Der erste Fall findet sich in dem Erzbisthume Cöln anerkannt, in welchem dem Decane der Cathedrale über den Clerus der Collegiatkirche beigelegt wird: Potestas poena canonica, nimirum suspensionis temporariae, aut maiori etiam, pro ratione culpae, coercendi [21]). Des anderen wird im gemeinen Rechte öfter gedacht [22]), und ausdrücklich wird die gemeinsame Wirksamkeit beider mehrfach vorausgesetzt [23]). — Eine ordentliche Jurisdiction in Rechtsstreitigkeiten würde aber dem Decan, als nicht unmittelbar mit seinem eigentlichen Wirkungskreise zusammenhängend, immer nur vermöge eines

---

Vergl. das wiener Concordat von 1447 ebendas.; p. 220, 225, 226, und not. 54 das.

18) Nach der Praxis wird aber die königliche Confirmation erfordert.

19) Quod si aliquid canonicis ad deliberandum proponant, nec de re ad suum, vel suorum commodum spectante agatur, episcopi ipsi capitulum convocent, vota exquirant et iuxta ea concludant. Conc. Trid. sess. XXV. cap. VI. de ref. Vergl. J. H. Böhmer, ius. eccl. Prot. lib. III. tit. XI. §. II sq.

20) Van Espen l. c. §. VI sq.

21) Concil. Colon. a. 1536, P. III. cap. VII. (Hartzheim, T. VI. p. 260). M. s. auch c. 6. de sent. excomm. in VI. (5. 11.) und dazu die Glosse.

22) M. s. besonders c. 13. X. de officio iud. ord. (1. 31.) (Innocent. III. in Conc. Lateran. a. 1215).

23) M. vergl. z. B. c. 34. X. de praebendis (3. 5.) (Honorius III. a. 1222). Die gemeinsame Sistirung des Gottesdienstes in der Capitelskirche (c. 55. X. de appellat. [2. 28.], verb. c. 8. de off. ord. in VI. [1. 16.], Clem. 1. de sent. excomm. [5. 10.]) ist zwar lange nicht mehr üblich, obwohl das Recht dazu noch bestehen würde (s. v. Droste-Hülshoff, Grundsätze des gem. Kirchenrechtes, Bd. II, Abth. 2, §. 203, Anm. 210, S. 63).

speciellen Rechtstitels beigelegt werden können[24]), denn vorzugsweise soll er den Bischof in der Seelsorge mit unterstützen.

Als Dignitarius hat er Anspruch auf höheren Rang und größere Besoldung, als die übrigen Capitularen. Wo eine besondere Classification der Beamten festgesetzt ist, nimmt er daher auch eine höhere Stufe ein, wie z. B. in den zur oberrheinischen Kirchenprovinz gehörigen Staaten[25]). — Was seine Präbende betrifft, so betrug diese früher statutenmäßig oft so viel, als die zweier Canonici, und auch jetzt ist meistens ein ähnliches Verhältniß angenommen, und seine äußere Stellung in dieser Beziehung der des Propstes gleich. So genießt derselbe z. B. in Cöln und Breslau 2000, Gnesen und Münster 1800, Trier und Paderborn 1400, Culm 1200 Thaler.

Die Decane in den Collegiatstiften sind im Allgemeinen nach gleichen Grundsätzen zu beurtheilen; insbesondere pflegt ihnen eine gewisse Disciplinargewalt zuzustehen[26]).

2) Decani rurales (Landdechante)[27]).

Die ordnungsmäßige Verwaltung der Diöcese nöthigt zur Anstellung von Beamten, welche als Organe des Bischofs in bestimmten Kreisen gewisse Functionen übernehmen. Daher finden sich allgemein schon im neunten Jahrhundert die Archipresbyteriate und Decanien oder Christianitäten, deren Ursprung und Begründung bei der Betrachtung der Archipresbyteri nachgewiesen worden ist. In die Stelle der alten Archipresbyter, welche sich hier und da als Erzpriester bis jetzt erhalten haben, sind allgemein die Decane, Landdechante getreten, und seit der Restitution der katholischen Kirche überall, wo sie eingegangen waren, wieder eingeführt worden. Insofern es etwa, was nicht leicht vorkommen dürfte, an näheren Bestimmungen fehlen sollte, würden die Grundsätze über die Archipresbyteri anwendbar sein. Auf diese stützen sich auch im Wesentlichen die besonderen Instructionen und Facultäten, welche in neuerer Zeit fast in allen Diöcesen ergangen sind. Als besonders umfassend und instructiv sind auszuzeichnen die für das Erzbisthum Cöln vom 24. Februar 1827[28]), für die zur oberrheinischen Kirchenprovinz gehörigen Bisthümer, namentlich für

---

24) S. die Glosse zum c. 6. de sent. excomm. in VI: Quod decanus iste de consuetudine vel privilegio habeat iurisdictionem ordinariam —.

25) Longner, Darstellung der Rechtsverhältnisse der Bischöfe in der oberrhein. Kirchenprovinz (Tübingen 1840), S. 67 flg.

26) M. vergl. z. B. Conc. Colon. a. 1536, P. III. cap. II. (Hartzheim, T. VI. p. 259): Ut cleros suos ad observationem piorum rituum provocent ac reducant, ut ad agendam vitam clericis dignam perpetuo cohortentur, — — denique ut singulos suo officio satisfacere compellant.

27) Außer der beim Art. Archipresbyter, Bd. I, S. 431, Anm. 1, angeführten Literatur vergl. man besonders van Espen, ius eccl. univ. P. I. tit. VI. Andr. Müller, Lexikon des Kirchenrechtes, Bd. II, S. 13—99. Longner a. a. O. S. 421—440.

28) Vergl. Sammlung der wichtigsten allgem. Verordnungen und Bekanntmachungen der geistlichen Oberbehörde in Cöln (Cöln 1837, 8.), S. 30 flg., 45 flg.

Mainz von 1830 flg.[29]), für das Bisthum Lüttich vom 6. Mai und 8. Juni 1833, Culm vom 20. Juni 1836[30]) u. a. Die Einrichtung der Decanate und deren Abgrenzung erfolgt übrigens als eine gemischte Sache durch den Bischof in Gemeinschaft mit dem Staate[31]).

Der Landdechant ist ein Organ des Bischofs, zum Behuf der Administration und Aufsicht über die ihm zugewiesenen Sprengel. Im Verhältniß zu den Pfarrern des Kreises wird er verschieden, wenn gleich im Allgemeinen als paritätisch betrachtet. Er ist der eigentliche pastor pastorum und daraus erklären sich die meisten Vorschriften, welche seine Stellung näher bezeichnen.

Die Anstellung des Ruraldecans sollte früher gemeinschaftlich durch den Bischof und Archidiaconus erfolgen[32]). Mit dem Schwinden der Macht der Archidiaconen verblieb dieß Recht dem Bischofe allein[33]), wo nicht nach dem Princip: cum commune officium decanus exerceat, communiter est eligendus (s. die Anm. 32 cit. Stelle), den Pfarrern der Christianität selbst die Wahl überlassen wurde[34]). Dieß letztere ist denn auch jetzt noch häufig der Fall. So bestimmt die cölner Instruction (Abschn. III, S. 44), daß, bei Erledigung des Amtes, in der Wohnung des im Pfarramte ältesten Pfarrers an einem vom Generalvicarius bestimmten Tage durch geheime Stimmensammlung in der Capitelversammlung zur neuen Wahl geschritten werde. Das Wahlcapitel, aus den Pfarrern des Decanats zusammengesetzt, bringt drei Pfarrer nach Stimmenmehrheit in Vorschlag, aus welchen das Haupt der Diöcese einen wählt, zum Dechanten ernennt und von Seiten des Staates bestätigen läßt[35]). In Oesterreich ernennt dagegen der Bischof den Dechanten und läßt ihn, da er die Aufsicht über den Schuldistrict mit führt, von der Landesstelle confirmiren. Da überhaupt die Decane in vielen Ländern zugleich für manche bürgerliche Verhältnisse mitzuwirken haben, so wird die Ernennung stets im Einverständnisse mit den Staatsbehörden besorgt[36]).

Der gewählte und bestätigte Dechant wird in Eid und Pflicht genommen. Schon früh finden sich dafür besondere Eidesformulare[37]). Einfach schwört jetzt der Decan in Cöln[38]): Ego iuro et promitto officium decanatus et commissa mihi ac mandata fideliter, absque

---

29) Diöcesanstatuten für das Bisthum Mainz (Mainz 1837, 8.), S. 11 flg.
30) Diese sind besonders gedruckt.
31) S. 2. Beilage zur bayerschen Verf.-Urk. §. 76. lit. e.
32) Cap. 7. §. 6. X. de off. archidiaconi (1. 23.) (Innoc. III. a. 1199).
33) Archipresbyteri rurales in singulis dioecesibus pro discretione episcoporum assumantur — — ac sint arbitrio episcoporum amovibiles. Synod. Mechlinens. a. 1570, Tit. de decanis cap. III. (Hartzheim, VII. 621. 622.)
34) M. s. z. B. Synod. Eichstad. a. 1447 (Hartzheim, V. 374.). Conc. Constantiense a. 1463 u. 1483 (eod. V. 452. 453. 548.).
35) Aehnlich ist es auch in Bayern (Müller, Lexikon, S. 75, 76).
36) Longner a. a. O.
37) S. die Anm. 34 cit. Synoden.
38) Sammlung a. a. O. S. 44. Vgl. Conc. Colon. a. 1612. (Hartzheim, IX. 158.)

omni dolo et fraude, cum sinceritate ac religione me exsequuturum, atque in omnibus non nisi ecclesiae reique publicae commoda quaesiturum esse. Sic me deus etc. Außerdem werden in einzelnen Territorien auch von Seiten des Staates besondere Dienstreverse zur Unterzeichnung vorgelegt [39]).

Das Decanat ist bisweilen mit einer gewissen Stelle verbunden, öfter aber auch davon unabhängig; daher erfolgt meistens die Besetzung nicht einmal lebenslänglich, sondern wie in Cöln, Mainz u. s. w. nur auf fünf Jahre, jedoch so, daß die Wiedererwählung zulässig ist. Wer gewählt wird, ist auch zur Annahme des Amtes verpflichtet und nur „erwiesene körperliche Schwäche kann die Weigerung der Uebernahme oder die Entsagung rechtfertigen" (cölner Instr.).

Die Stelle erscheint bald nur als ein Ehrenamt, so daß die Pfarrer des Decanats bei Einleitung eines Geschäftes gleich unmittelbar bei der bischöflichen Behörde einkommen können, obwohl alle administrativen Angelegenheiten in der Regel durch den Decan an das Vicariat gelangen sollen [40]); bald werden die Decane als die unmittelbaren kirchlichen Vorgesetzten der in ihrem Bezirke angestellten Geistlichen betrachtet, so daß sie zwischen diesen und dem Ordinariate die Mittelbehörde bilden [41]).

Der Geschäftskreis der Landdechanten umfaßt verschiedene die kirchliche Aufsicht und Verwaltung betreffende Gegenstände. Ihnen steht demnach zu:

1) die kirchliche Aufsicht überhaupt. Diese bezieht sich auf alle kirchlichen Gegenstände: die Amtsführung, das sittliche und wissenschaftliche Leben aller Geistlichen und Kirchendiener, die religiös-sittliche Beschaffenheit der Gemeinden, insbesondere die religiöse Bildung der Jugend, alle äußeren kirchlichen Institute, insbesondere auch die Schulen.

Um sich vom Zustande des Decanats nach allen diesen Rücksichten zu überzeugen, sind sie gehalten, von Zeit zu Zeit (in der Regel jährlich, nach manchen Gesetzen alle 2 oder 3 Jahre einmal) [42]) den ganzen Sprengel zu visitiren, und den Umständen nach auch außerordentliche Visitationen anzustellen [43]). Insbesondere haben sie auch die Kirchenbücher sich vorlegen zu lassen und den Befund zu bescheinigen, sowie bei der Rechnungsablegung mitzuwirken.

Die Decane erhalten für die Visitation gewisse Procurationen, welche sich häufig jetzt nur auf Beköstigung und Gestellung der Fuhren beschränken [44]).

---

39) So in Württemberg (Longner, S. 423).

40) Cöln. Instr. §. 9, 11, S. 50, 51.

41) Mainzer Statuten, Abschn. II, §. 1, verb. §. 28.

42) Im Erzbisthume Cöln soll jährlich, in Mainz alle 3 Jahre der Decan vollständig visitiren.

43) Das Specielle ergeben die besonderen Visitationsinstructionen. M. s. z. B. die vom Jahre 1790 und 1799 für die Diöcese Ermeland ergangenen in Jacobson, Geschichte der Quellen des preuß. Kirchenrechtes, I. 1. Anh., Nr. LXXXIV und LXXXV, S. 277 flg., und den vierten Abschnitt der mainzer Statuten, S. 22—35.

44) Mit Bezugnahme auf ältere gemeinrechtliche und particulare Bestim-

Ueber die Visitation sind genaue Protokolle zu führen, welche zugleich mit Gutachten, wie gewissen Mißverhältnissen abgeholfen werden kann, dem Ordinariate eingesendet werden müssen. Auch haben die Decane über alle wichtigen und interessanten Vorfälle sogleich Bericht abzustatten.

2) Vollziehung der Aufträge der vorgesetzten Behörden, insbesondere Bekanntmachung der Anordnungen derselben und Sorge dafür, daß denselben entsprochen werde[45]; Einziehung bischöflicher Gefälle und geistlicher Abgaben.

3) Provisorische Einrichtungen verschiedener Art. Wird eine Pfarrei vacant, so müssen sie die Verwaltung des Gottesdienstes bis zur näheren Bestimmung des Ordinariats anordnen, und bei niederen Kirchenstellen ebenfalls vorläufige Anordnung treffen, auch Vorschläge wegen der Wiederbesetzung machen[46]. Sobald dem Decane die Nachricht von dem Todesfalle eines Geistlichen zugeht, hat er die Aufbewahrung und Versiegelung der Amtspapiere zu bewirken, das Begräbniß zu besorgen u. dgl.[47]

4) Introduction der Pfarrer in's Amt[48], Abnahme des Glaubensbekenntnisses, auch wohl Prüfung der Capellane.

5) Als pastor pastorum des Decanats übernimmt er die Seelsorge in Beziehung auf die Geistlichen des Sprengels, theilt ihnen die Sacramente aus, und steht ihnen mit Rath und That bei. Insbesondere wohnt er am grünen Donnerstage der Consecration des Chrisma bei, empfängt dasselbe für die Geistlichen, und theilt es ihnen gegen die bestimmten Gebühren mit[49].

6) Gemäß besonderer Facultät kann er in seinem Capitel die Kirchengeräthe, Paramente, Ornate, Meßkleidungen, Getüch und was zu gottesdienstlichem Gebrauche gehört, insoweit sie nicht der bischöflichen Function vorbehalten sind, mit gewöhnlicher Benediction nach dem Ritual segnen[50].

---

mungen ist eine eigene Vorschrift hierüber für Cöln unterm 22. Dec. 1827 ergangen (Sammlung a. a. O. S. 77, 78).

45) Cöln. Instr. §. 1, 9. Mainzer Statuten Abschn. II, §. 4, 5, u. a.

46) Mainzer Statuten a. a. O. §. 12, 13. Cölner Instr. §. 8.

47) Diese Bestimmung beruht schon auf alten Satzungen (m. s. z. B. Synod. Tomacens. a. 1481, cap. V [Hartzheim, V. 529], desgl. von 1520, cap. VIII [eod. VI. 157]), und ist auch später stets festgehalten (m. s. z. B. Synod. Culmens. a. 1745, cap. XIII [Hartzheim, X. 524]). Eine cölnische Verordnung vom 7. August 1828 (Sammlung a. a. O. S. 81) bestimmt dem Decan eine Gebühr von 6 Thlrn. außer dem Opfer, welches beim Seelenamt auf den Altar gelegt wird, für das Begräbniß des Pfarrers.

48) Die in der vor. Anm. cit. cöln. Verordnung bewilligt dafür 4 Thlr., vergl. Instr. §. 8, mainzer Statuten II. §. 26 a.

49) S. Synod. Wormiens. a. 1449, §. 9 (Jacobson, Gesch. a. a. O. I. 1. Anhang, S. 219). Synod. Buscoduc. a. 1571, tit. XVI. cap. VII. (Hartzheim, Tom. VII. p. 727) u. v. a. Besondere Reisekosten u. s. w. bewilligt dafür die Synode von Namur von 1612 (eod. IX. 165). Mainzer Statuten II. §. 26 e.

50) Mainzer Statuten II. §. 26 c. Instruct. von Lüttich vom 8. Juni 1833, §. 6 c. u. a. m.

7) Gemäß ſolcher Facultät ſtehen ihm auch verſchiedene Dispenſationen zu. So die Zulaſſung zur erſten Communion der Kinder, welche noch nicht das vorgeſchriebene Alter erreicht haben[51]; in einzelnen Ehehinderniſſen, ſo von dem dritten Aufgebote, vom tempus clausum u. ſ. w.[52]; desgleichen kann er von Reſervatfällen abſolviren, und dieſe Facultas für einzelne Fälle auf Andere übertragen[53]. Auch darf er gewöhnlich den Geiſtlichen einen Reiſeurlaub auf kürzere Zeit ertheilen[54].

8) Abhaltung der Ruralcapitel. Mit Recht iſt in neuerer Zeit gerade darauf ein größeres Gewicht gelegt worden, da ſo einigermaßen Erſatz für die Diöceſanſynoden geboten werden kann[55].

Verſammlungen der zu einem Decanate gehörigen Geiſtlichen ſind ſchon frühzeitig regelmäßig gehalten worden, anfangs alle Monate, ſpäter ſeltener[56]. Sie dienten zum gegenſeitigen Austauſche von Amtserfahrungen, zur Eröffnung von Mittheilungen der vorgeſetzten Behörden, beſonders zur Publication der Synodalſchlüſſe[57] durch die Decane, welche den Synoden beizuwohnen verpflichtet waren[58]. Nachdem die ganze Einrichtung mit der Zeit in vielen Diöceſen verfallen war, iſt ſie neuerdings wieder belebt und mit den Paſtoralconferenzen, Leſezirkeln u. ſ. w.[59] in Verbindung geſetzt worden, und hat auch in wiſſenſchaftlicher Hinſicht erfreuliche Reſultate hervorgerufen. Wir erinnern nur ſtatt vieler an „die wichtigſten Ergebniſſe der Paſtoralconferenzen im Bisthume Conſtanz von 1802 bis 1827" (Ehingen, 6 Bände), an das „Archiv für die Geiſtlichkeit der oberrheiniſchen Kirchenprovinz" (Freiburg 1838 flg.) u. a.

---

51) Mainzer Statuten §. 14.

52) Inſtr. für Lüttich §. 6 b. — Die Synod. Tomacens. a. 1574, tit. XIX. cap. XV. (Hartzheim, VII. 792.) beſtimmt: decani dispensare non poterunt, nisi cum contrahentibus sponsalia de futuro, extra locum sacrum et super diversitate decanatuum; si modo contrahentium alter sui sit decanatus, nec non in casu fornicationis et simplicis adulterii.

53) Mainzer Statuten §. 26 d. Daſſelbe iſt für die Diöceſe Lüttich (Inſtruct. §. 6 d) geſtattet, doch die Uebertragung nur für drei Acte und überdieß unter der Vorausſetzung, daß dem Geiſtlichen ſchon früher vom Biſchofe dieſe Reſervatfälle übertragen worden, und daß ſie zufällig gerade jetzt, da ſie derſelben bedürfen, erloſchen ſind.

54) Nach den mainzer Statuten §. 29 bis auf 8 Tage.

55) M. ſ. die Band I, S. 432, 433, Anm. 11, cit. Abhandlung von Schmidt, und verbinde damit van Espen l. c. cap. IV.

56) Zweimal jährlich nach der cölner Synode von 1612 (Hartzheim, IX. 173), culmer Synode von 1745 (eod. X. 522), nach anderen nur einmal (z. B. Synod. Metens. a. 1633, 1699 [eod. X. 246]) u. a.

57) So beſtimmt ſchon die Synode zu Lüttich von 1287, Tit. XIV, Cap. XV (Hartzheim, III. 703), die von Cöln von 1551 (eod. VI. 786), u. v. a.

58) Zu dem Behufe mußten die Decanatspfarrer beſondere Subſidien zahlen (m. ſ. z. B. die cölner Synode von 1549 de medio quinto [Hartzheim, VI. 548]).

59) Nach der Verfaſſungsurk. für das Fürſtenthum Hohenzollern-Sigmaringen vom 11. Juli 1833, §. 80, 82, wird von dem Ruralcapitel durch relative Stimmenmehrheit ein Geiſtlicher als Abgeordneter zum Landtage gewählt.

Das Nähere beruht auf speciellen Instructionen[60]); des Beispiels wegen wollen wir aber die Einrichtung, wie sie gegenwärtig in Cöln besteht und mit geringen Abweichungen sich auch anderwärts findet, beschreiben[61]).

In den Decanaten werden jährlich drei ordentliche und sonst nach Bedürfniß außerordentliche Versammlungen gehalten. Jeder Pfarrer ist verpflichtet denselben beizuwohnen und hat sein Ausbleiben vorher schriftlich, durch Beibringung von Zeugnissen der Verhinderung den Umständen nach, zu entschuldigen. Ueber den Versammlungsort, die Stunde der Eröffnung, Ordnung der Verhandlung u. s. w. kann das Capitel Beschlüsse fassen, welche vom Generalvicar bestätigt werden. Im Allgemeinen beginnt das Capitel mit Abbetung des Hymnus: Veni creator spiritus, dann legt der Dechant die Rechtfertigung der Abwesenden vor, macht bekannt, was amtlich zu eröffnen ist und bestimmt einen der Anwesenden zur Vorlesung einer Abhandlung aus dem Gebiete der Theologie oder des Kirchenrechtes. Der Gegenstand wird immer in der vorhergehenden Versammlung festgesetzt oder vom Generalvicar angegeben. Jeder ist gehalten, die Abhandlung zu liefern. Die vorgelesene wird vom Dechanten bei Abstattung seines Berichtes an den Generalvicar eingeschickt, die übrigen vertheilt jener unter die Pfarrer zur Beurtheilung, und von den ihm nach 14 Tagen mit der Kritik wieder eingehändigten sendet er die gelungenste ebenfalls an den Generalvicar.

Nach der Vorlesung wird über die Amtsführung gemeinschaftlich vorgetragen und berathen. Zu dem Ende muß Jeder einen schriftlichen Bericht über folgende Punkte mitbringen:

1) Kurze Inhaltsangabe aller seit der letzten Versammlung gehaltenen Kanzelvorträge und Katechesen; 2) merkwürdige oder verwickelte Fälle in der Seelsorge; 3) kurze Charakteristik des sittlichen Zustandes der Pfarre; 4) diejenigen Punkte, welche der Landdechant zum Vortrage bestimmt hat oder worüber einer der Pfarrer Rath erfragen will.

Von jeder Capitelversammlung wird ein Protokoll geführt und in Abschrift dem Berichte beigelegt. Die Abwesenden aber müssen, sobald das Hinderniß beseitigt ist, nach der Bestimmung des Dechanten die Abhandlung und den Vortrag nachschicken. Zum Schlusse der Versammlung betet der Dechant ein passendes Gebet, und darf Keiner früher sich entfernen.

Wird eine gemeinsame Mahlzeit gehalten, so darf sie nur einfach und nüchtern sein, und werden die Kosten von den Theilnehmern bestritten. —

Da, wo die Geschäfte des Decans umfassender sind, werden ihm noch eigene Gehilfen beigegeben. So ist in Württemberg widerruflich dem

60) M. s. z. B. die der Christianität Wassenberg und Süstern bei Binterim, Denkwürdigkeiten, Bd. I, S. 603 flg.

61) M. s. mainzer Statuten Abschn. III. Cöln. Instruct. §. 7. Verordnung für das Erzbisthum Freiburg vom 14. März 1828 (Weiß, Archiv der Kirchenrechtswiss., Bd. II, S. 239 flg.).

Decanatamte ein Pfarrer zugeordnet [62]). In der Diöceſe Mainz ſind zwei Definitoren, ein Kämmerer und ein Secretär neben dem Decan beſtellt [63]).

Die Ehrenrechte der Decane beruhen auf particularen Beſtimmungen. In Oeſterreich haben ſie als Auszeichnung einen Talarkragen (ſogen. Dechantkragen) [64]). Sonſt ſind für den Todesfall auch beſondere Parentationen, Leſung von Meſſen durch alle Pfarrer des Sprengels und die Decane der ganzen Diöceſe üblich [65]) u. dgl. m.

In der evangeliſchen Kirche finden ſich in einzelnen Ländern ebenfalls Decane, die dann aber ganz die Bedeutung der ſonſt üblichen Superintendenten haben. So in Bayern, Baden u. ſ. w., worüber das Speciellere im Artikel Superintendent auszuführen ſein wird [66]). Bemerkenswerth iſt übrigens, daß im Großherzogthum Heſſen der Ausdruck Superintendent den Vorſteher einer Provinz bezeichnet, alſo den in anderen Ländern ſogenannten General-Superintendenten, Decan aber den Vorſteher einer Inſpection (eines Decanats), worüber neuere Geſetze das Nähere angeordnet haben [67]).

Sowie die Ruralcapitel beſtehen in der evangeliſchen Kirche auch beſondere Diöceſanvereine, gebildet von den Geiſtlichen des Sprengels unter dem Decan, mit einer der katholiſchen ähnlichen Verfaſſung und kirchlich-wiſſenſchaftlichem Zwecke [68]).

### 3) Decane der Univerſitätsfacultäten [69]).

Die Univerſitäten ſind zum Theil und Anfangs wohl faſt allgemein aus Kloſter- und Stiftsſchulen hervorgegangen, zum Theil aber ſelbſtſtändigere Stiftungen. Die Abſonderung eigener Facultäten ergab ſich dann als eine Nothwendigkeit und in dieſen ſelbſt ein beſtimmtes Verhältniß der Lehrer (Doctoren, Profeſſoren) und Lernenden. Da die Einrichtung der Univerſitäten zu Paris und Bologna, als der älteſten und bedeutend-

---

62) Erlaß des kath. Kirchenraths vom 5. Januar 1831 (Longner, S. 437, Anm.).

63) Statuten, Abſchn. III, §. 1 flg.

64) Wiener Conſiſt. Cur. vom 20. Aug. 1814, Nr. 11 (Müller, Lexikon, S. 67).

65) Cölner Synode von 1662, P. III. tit VI. cap. IV. §. 2 (Hartzheim, IX. 1032), erneuert durch Verordnung vom 15. Nov. 1828 (Sammlung a. a. O. S. 92).

66) Inzwiſchen ſ. m. Müller, Lexikon a. a. O. S. 77, 86.

67) M. ſ. das Edict vom 6. Juni 1832, Art. 13 flg. (Regier.-Blatt Nr. 57, auch bei Weiß, Archiv des Kirchenrechtes, Bd. III, S. 228 flg.), und die Amtsinſtruction für die Decane (a. a. O. S. 244 flg.).

68) Für ſolche Vereine ſind in den einzelnen Ländern beſondere Inſtructionen erlaſſen. So für Württemberg vom 19. Mai 1819 (man vergl. über die Beſtrebungen der württemb. Diöceſanvereine Rheinwald, Repertorium der geſammten Theologie 1840, Bd. XXVIII, H. 1, S. 78 flg.).

69) Im Allgemeinen wird hier auf die bekannten Schriften von Bulaus, Meiners, v. Savigny (Geſch. des röm. Rechtes im Mittelalter, Bd. III), v. Raumer (Geſch. der Hohenſtaufen, Bd. VI) hingewieſen. Auch vergl. man Walter, Lehrbuch des Kirchenrechtes, §. 332.

sten, Muster für alle übrigen wurde[70]), so ist in Beziehung auf unseren Zweck kurz daran zu erinnern.

Die Universität Paris, in Beziehung auf die Lehrfächer ungetheilt, zerfiel seit alter Zeit in vier Nationen[71]), die französische, englische oder teutsche (Ungarn, Polen und die nordischen Reiche enthaltend), die picardische und normannische. Jede Nation zerfiel in Provinzen, jede Provinz in Sprengel. An der Spitze der Provinz stand ein Decan, gewählt von den Gliedern der Provinz. Ueber diese führte er ein Inscriptionsbuch. Er war ein geborner Rathgeber (consiliarius natus) des Procurators der Nation, und dieser durfte ohne seine Einwilligung keine Angelegenheit von Belang ausführen. Die Stelle des Decans galt übrigens für so bedeutungsvoll, daß in Paris selbst Glieder des Parlaments dieselbe gern verwalteten[72]). Seit der Mitte des dreizehnten Jahrhunderts sonderten sich bei Gelegenheit des Streites mit den Bettelmönchen, welche Stellen bei der Universität verlangten, die Theologen, dann auch die Juristen (die Canonisten) und Aerzte als drei Facultäten, unter der Leitung der Decane, neben welchen die vier Nationen unter den Procuratoren die alte Universität bildeten und erst später als die vierte Facultät (der Artisten) angesehen wurden[73]). Die Facultäten selbst als eigene Collegien bestanden aus den zu ihnen gehörigen Doctoren.

In Bologna treten zuerst die Juristen, dann auch andere Facultäten selbstständig auf. An der Spitze standen zwei Rectoren, später einer, und Consiliarii (in der teutschen Nation Procuratores)[74]).

In Teutschland[75]) folgte man in der Hauptsache der pariser Verfassung, und so wurden die Facultäten, aus den Doctoren des besonderen Fachs bestehend, mit den Decanen selbst beibehalten. Die Statuten der Universitäten geben darüber nähere Auskunft[76]). Ohne hier aber in ein näheres geschichtliches Detail einzugehen, welches im Artikel Universitäten zu erörtern sein wird, genüge ein Nachweis der gegenwärtigen Stellung des Decans, welche im Wesentlichen auf allen teutschen Universitäten bei den verschiedenen Facultäten dieselbe ist. Des Beispiels

---

70) Die Verfassung von Paris wurde Muster für England und Teutschland, die von Bologna für Italien, Spanien und selbst für das übrige Frankreich.

71) Nationis nomine intelligimus corpus seu sodalitium aliquod magistrorum omnes artes indiscriminatim profitentium in eadem matricula conscriptorum et sub iisdem legibus, institutis praefectisque viventium (Bulaeus, hist. universit. Parisiensis T. I. p. 250).

72) Bulaeus, de decanatu nationis Gallicae. Meiners, Gesch. der hohen Schulen, Bd. I, S. 35, 36.

73) v. Savigny, III. 326 flg.

74) v. Savigny, III. 181, vergl. S. 172, Anm. 74. Die Vorsteher der Facultäten hießen übrigens bald Decan, Prior, Rector u. s. w. (v. Savigny a. a. O. S. 295, S. 366 u. a.)

75) Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgeschichte, Bd. III, §. 441. Hugo, Lehrbuch eines civilistist. Cursus, Bd. VI, S. 187 flg. (3. Ausg.)

76) M. s. z. B. die für Greifswalde von 1545, Königsberg 1546, 1616, Halle 1694 u. a. bei Koch, die preußischen Universitäten, Bd. I. Berlin, Posen und Bamberg 1839, 8.

wegen wird hier auf die Statuten der berliner Universität vom 31. October 1816, und insbesondere auf die der juristischen Facultät vom 29. Januar 1838 Bezug genommen[77]).

Jede Facultät übt unter dem Vorsitze ihres Decans die ihr zustehenden Rechte und Verpflichtungen. Zur Leitung der Geschäfte wird der Decan aus der Mitte der Facultät (auf ½ oder 1 Jahr) gewählt. Der Erkorene kann einmal auch ohne Anführung von Gründen das Decanat ablehnen. Will dasselbe Mitglied aber öfter die Wahl zurückweisen, so hat es seine Gründe zu erklären, und die Facultät entscheidet durch absolute Stimmenmehrheit, ob sie giltig sein sollen[78]).

Der niederlegende Decan überliefert dem Antretenden das von seinem Vorgänger Empfangene und Hinzugekommene, mit Bemerkung des Abgangs, und nimmt darüber eine Verhandlung zu den Acten. Insbesondere erhält er die Alba und übrigen Namenlisten nebst den Siegeln (das der Facultät und ein Amtssiegel)[79]).

Der Decan eröffnet alle an die Facultät, als solche, gelangenden Verfügungen, Zuschriften und Gesuche, hält darüber ein Journal, und bringt das Eingegangene bei der Facultät zur Berathung. Mit Ausnahme dessen, was in den gewöhnlichen Gang der ihm besonders übertragenen Geschäfte gehört, kann er aber für sich nichts verfügen und beantworten.

So oft er es nöthig hält, beruft er die Facultät, führt in der Versammlung mit allen Rechten und Pflichten des Präses eines nach Stimmenmehrheit entscheidenden Collegiums den Vorsitz, und bringt die Facultätsbeschlüsse zur Ausführung. Er verrichtet die Promotionen, oder läßt sie durch ein anderes Mitglied der Facultät, welches er ad hunc actum als Prodecan constituirt, verrichten. Er schreibt ferner die zu der Facultät sich bekennenden Studirenden in das Album derselben und in das dazu gehörige alphabetische Register, führt das Album der Lehrer der Facultät, vollzieht die Zeugnisse der Studirenden mit den übrigen dazu verordneten Behörden, redigirt den die Facultät betreffenden Antheil des Verzeichnisses der Vorlesungen, verwaltet die Casse der Facultät, hat Sitz und Stimme in der Unterstützungscommission der Universität u. s. w.[80]) Er ist Mitglied des Senates[81]).

Seine Einkünfte bestehen in den Inscriptionsgebühren, in den Gebühren für die Zeugnisse und in einer besonderen Quote von den Promotionsgebühren[82]).

H. F. Jacobson.

---

77) Koch a. a. O. S. 41 flg., 87 flg.

78) Univers.-Statut. Abschn. II, §. 10—13. Facult.-Statut. §. 11—16.

79) Univ.-Stat. §. 14, 23. Fac.-Stat. §. 17, 18, 20.

80) Univ.-Stat. 14—21. Fac.-Stat. §. 18, 19. Ueber den Geschäftsgang selbst und dergl. Fac.-Stat. §. 23 flg.

81) Univ.-Stat. Abschn. III, §. 14. Auf den Universitäten, auf welchen alle ordentlichen Professoren zum Senate gehören, bilden die Decane mit dem Rector einen engeren Ausschuß.

82) Univ.-Stat. Abschn. II, §. 22. Fac.-Stat. §. 21, u. s. w.

**Decret, Decretiren** [1]). Im Gegensatze zu den Erlassen des das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten leitenden Richters, welche einen Streitpunkt (interlocutorisch oder definitiv) entscheiden (Bescheid, Erkenntniß, Spruch, Sentenz, Urtheil), erscheinen die Decrete (Beschlüsse, Verfügungen, Resolutionen), wodurch der Richter, zugleich etwaige Anträge und Gesuche der einen oder der anderen Partei, z. B. Arrestgesuche, Fristerstreckungsbitten u. s. w. bewilligend (genehmigend) oder verwerfend [2]), das Verfahren lenkt, es dem Spruch entgegenführt, dazu reif macht, oder denselben nach eingetretener Rechtskraft zur Vollstreckung bringt [3]). Die Decrete, welche darauf berechnet sind, zu bewirken, daß das Verfahren organisch fortschreitet, sind entweder monitorische oder aretatorische [4]). Unter einem **monitorischen** Decret versteht man

---

1) v. Wangerow, Theorie der gerichtlichen Decretirkunst. Halle 1783. Püttmann, Referir- und Decretirkunst. Leipzig 1783. Terlinden, Versuch einer praktischen Anleitung zum Decretiren. Halle 1804. Gensler, Anleitung zur gerichtlichen Praxis in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Erster Theil. (Heidelb. 1821) §. 55: Decrete im Gebiete des bürgerlichen Prozesses, nach derselben äußeren Formen und ihren Bestandtheilen. S. 304—320. Derselbe, Bruchstücke aus der Lehre von der Eintheilung, Benennung und Wirkung der Decrete, der Fristen und des Ungehorsams in dem bürgerlichen Prozesse, S. 190—206 des 4. Bandes des Archivs für civilistische Praxis. Heidelb. 1821. Müllner, allgemeine Elementarlehre der richterlichen Entscheidungskunde. Für Richter, Sachwalter und Studirende in allen Staaten teutscher Zunge. Zweite unveränderte Ausgabe. Leipzig 1819. Puchta, der Dienst der teutschen Justizämter oder Einzelrichter, Theil 1 (Erlangen 1829), S. 278—310. Von dem Decrete. §. 94—104. Die älteren Lehrbücher des gemeinen teutschen bürgerlichen Prozesses von Sieber, Schaumburg, Knorre, Klaproth, Danz u. s. w. haben sich, zum Theil nur bei der Lehre von der Ladung verweilend, die nur eine bestimmte Art von Decret ist (s. Ladung), auf die Lehre von den Decreten gar nicht eingelassen. Blos Ludovici (Einleitung zum Civilprozeß, 6. Aufl. Halle 1719) handelt in einem besonderen Capitel (S. 332—336) „von denen Abscheiden und Decreten." Ihm haben sich erst die neueren Lehrbücher angeschlossen. Grolman, Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (3. Aufl. Gieß. 1810), §. 98: Richterliche Verfügungen; Sentenzen; bloße Decrete. §. 100: Nähere Betrachtung der bloßen Decrete; bloße Beschwerden gegen den Richter. §. 139: Regeln für die Entwerfung aller Verfügungen. Martin, Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses (11. Ausg. Heidelb. 1834), §. 106—113: Vom Decretiren. S. 174—187. Linde, Lehrbuch des teutschen gemeinen Civilprozesses (5. Aufl. Bonn 1838), §. 167—171, S. 216—223. Von den Schriften über das Verfahren in den einzelnen Staaten des teutschen Bundes behandeln nur die wenigstens die Lehre von den Decreten, so v. Wendt, vollständiges Handbuch des bayerschen Civilprozesses (Nürnberg 1827), §. 69: Leitung des Verfahrens und Entscheidung. S. 106—110. Bender, Lehrbuch des Civilprozesses der freien Stadt Frankfurt (Frankf. 1837), §. 43: Decrete. S. 115—119. Gleiches gilt von den Entwürfen von Civilprozeßordnungen.

2) Particularrechtlich pflegt die Frist vorgeschrieben zu sein, innerhalb deren der Richter auf eine Eingabe verfügen soll. S. z. B. Bender a. a. O. S. 116; meine Ausgabe der hessen-darmstädtischen Civilprozeßordnung v. J. 1724 (Darmst. 1830), S. 30, 40.

3) Gönner, Handbuch des teutschen gemeinen Prozesses, 2. Aufl., Band 1, Abh. VII, S. 162, 163.

4) Gensler a. a. O. (Archiv) S. 191, 192. Puchta a. a. O. S. 287—289.

den Erlaß des Richters, wodurch er den einen oder den anderen der streitenden Theile davon in Kenntniß setzt, daß ihm eine bestimmte Theilnahme an irgend einem gerichtlichen Acte gestattet sei, und er ihm überläßt, von dieser Befugniß Gebrauch zu machen, so daß, mag dieses geschehen oder nicht, dieß auf den Act selbst und den Fortgang des Rechtsstreites keinen Einfluß äußert. Ein solches monitorisches Decret ist z. B. der Erlaß an die streitenden Theile, wodurch ihnen von der Vorladung der Zeugen oder Kunstverständigen zum Zweck ihrer Vernehmung Nachricht gegeben und ihnen überlassen wird, in dem dazu anberaumten Termine zu erscheinen und der Beeidigung derselben beizuwohnen, oder das Decret an den Restituten, wodurch er von der Anberaumung des Termins zur Ableistung des Restitutionseides von Seiten des Restituenten in Kenntniß gesetzt und worin ihm freigestellt wird bei diesem Acte zu erscheinen und Zeuge der Ableistung dieses Eides zu sein. Das Decret, welches dem Producten die Einreichung von Fragstücken freistellt u. s. w. Unter arctatorischen Decreten versteht man die, welche eine Handlung gebieten, deren Unterlassung als Ungehorsam (contumacia) angesehen wird, so daß den die Handlung unterlassenden streitenden Theil ein bestimmter Rechtsnachtheil trifft. Das arctatorische Decret ist peremtorisch, wenn die Nichtbefolgung dessen, was dadurch geboten wird, von der Befugniß ausschließt, die gebotene Handlung vorzunehmen, z. B. mit der aufhabenden Erklärung gehört zu werden, zur Antretung des auferlegten Beweises, zur Ableistung des zugeschobenen oder nothwendigen Eides zugelassen zu werden u. s. w., dagegen nur dilatorisch, wenn als Folge nicht dieser, sondern ein sonstiger Nachtheil des Ungehorsams erscheint, z. B. die Verbindlichkeit zum Ersatz der Kosten, welche durch die Nichtbefolgung erwuchsen (Contumacialkosten)[5]). Was die äußere Form des Decretes[6]) betrifft, so muß es schriftlich abgefaßt sein[7]). Der Eingang bezeichnet den Namen der streitenden Theile, die Parteirolle und den Streitgegenstand[8]). Dann folgt (in positivem Stil) die deutliche Angabe des Angeordneten, des Gebotenen, Verbotenen und Erlaubten. Den Schluß bildet die Angabe des Ortes, der Zeit (des Tages, Monats und Jahres) und die Bezeichnung des decretirenden Gerichtes. Das Concept des Decretes, gezeichnet von dem Richter, welcher es entwarf, also bei Collegialgerichten von den Mitgliedern des Gerichtshofes, bleibt bei den Gerichts-

---

5) Die Terminologie kennt auch noch, außer anderen müßigen Distinctionen, eine Eintheilung der Decrete in directe und subsidiarische, je nachdem das Decret unmittelbar von dem zuständigen Richter, oder, in Folge der von demselben ausgehenden Requisition, von dem requirirten Richter erlassen wird. Puchta a. a. O. S. 295.

6) Gensler a. a. O. (Anleitung ꝛc.) S. 307 flg.

7) L. 2. 3. C. de sent. et per. recit. (7. 44.) Cap. 11. X. de probat. (2. 19.)

8) Dieser Gegenstand muß möglichst genau angegeben werden. So genügt es z. B. nicht, daß es heißt „Forderung betr.", sondern es muß heißen „Darlehns-, Waarenforderung" u. s. w. Particularrechtlich bestehen darüber Vorschriften.

acten [9]) und wird ſo vielfach ausgefertigt, als die Zahl der Theilnehmer an dem Rechtsſtreite beträgt [10]), es ſei denn, daß ein gemeinſamer Bevollmächtigter, insbeſondere Anwalt, beſtellt iſt, in welchem Falle dann eine Ausfertigung genügt [11]). Die regelmäßige Form der Bekanntmachung eines Decretes iſt die Behändigung, Inſinuation [12]). Der Inhalt des Decretes muß dem Zwecke der Erlaſſung entſprechen, daher den, an welchen es gerichtet iſt, vollſtändig belehren über das, was der Richter als geboten, verboten, angeordnet und geſtattet angeſehen wiſſen will [13]). Sind die Motive nicht von ſelbſt erkennbar, ſo iſt der Richter gehalten, ſie gedrängt beizufügen [14]). Hat der Richter bei Erlaſſung des Decretes etwas verſehen, ſo iſt es ihm — und darin unterſcheidet ſich daſſelbe generiſch von dem Urtheil — geſtattet, die Verbeſſerung ſelbſt nachzuholen. Ueberhaupt kann er an die Stelle eines Decretes, das er erlaſſen, ſelbſt ein anderes ſetzen [15]). Glaubt ſich eine Partei durch den Inhalt eines Decretes verletzt, ſo ſteht ihr eine ſogenannte außergerichtliche Beſchwerde frei [16]) (ſ. im 2. Bande den Artikel Beſchwerde, S. 39, 40). Außerdem iſt der decretirende Richter nach allgemeinen Grundſätzen verantwortlich.

Was das Decretiren im Strafprozeſſe betrifft, ſo läßt ſich nur im Allgemeinen hervorheben, daß dieſe richterliche Thätigkeit in dem Zwecke des Strafverfahrens ſeine Bedingung und Richtſchnur findet. Mit Recht ſagt, in beſonderer Beziehung auf den Unterſuchungsrichter, Jagemann, S. 621, Note 3, zum §. 554 ſeines Handbuches der gerichtlichen Unterſuchungskunde (Frankf. 1838): Ueber die Decretirkunſt des Inquirenten muß entweder ſehr kurz oder ſehr ausführlich geſprochen

---

9) Cap. 11. X. de probat.: Omnia sic conscripta partibus tribuantur, ita quod originalia penes scriptores remaneant.

10) Jüngſter Reichsabſchied §. 34 a. E.: So viel der Citirten ſein werden — damit der Citirte in dieſem allen ſich wohl erſehen und reifflich denken könne.

11) Particularrechtlich iſt hierüber Detaillirtes beſtimmt. S. z. B. über Oeſterreich v. Zimmerl, Handbuch für Richter, Advocaten und Juſtizbeamte (4. Aufl. Wien 1816), Th. 1, S. 413—433: Von Zuſtellung der gerichtlichen Verordnungen. Th. 2, S. 165—188: Von Expedirung des Concluſums, und: von Ausfertigung und Zuſtellung der Expeditionen.

12) Siehe Inſinuation.

13) Gensler, Grundſätze der juriſtiſchen Vortrags- und formellen Entſcheidungskunde, St. 1, 1815, S. 105 flg.

14) Gensler, Anleitung ꝛc. S. 126 flg., 312. Puchta a. a. O. S. 235, 286.

15) L. 14. D. de re iudic. (24. 1.): Quod iussit vetuitve praetor, contrario imperio tollere et repetere licet; de sententiis contra. L. 16. D. de operis novi nunt. (39. 1.): Si opus novum praetor iusserit nuntiari, deinde prohibuit, ex priore renuntiatione agi non potest, quasi adversus dictum eius factum sit. Grolman a. a. O. §. 100, S. 189. Particularrechtlich: Flach, Erläuterungen zum Prozeßgeſetze des Herzogthums Naſſau vom 23. April 1822 ꝛc. (Wiesbaden 1837), S. 149.

16) Gönner a. a. O. S. 167. Particularrechtlich findet ſich die Vorſchrift, daß die Erhebung der außergerichtlichen Beſchwerde (appellatio extrajudicialis) bedingt ſei durch die vergebliche Anbringung des Geſuches um Remedur bei dem beſchwerenden Richter. Siehe dagegen Grolman a. a. O. S. 190, 191.

werden, weil man hierin weniger theoretiſcher Grundſätze, als praktiſcher Fertigkeit bedarf. In dem §. 554 ſelbſt: Decrete und Notizen, trägt der Verf. Folgendes vor: Der Inquirent ſoll zwar über ſeine Thätigkeit allerwärts ſchriftliche Auskunft geben, aber nicht weiter, als es gerade zur Beurtheilung der Formalien nöthig iſt. Dieſe Bemerkungen werden daher meiſtens kurz in die Acten geſchrieben, ſei es in Decretform oder als Notiz. Die Decrete ſind immer in einer präciſen Sprache abzufaſſen, jedoch ſo, daß man nöthigenfalls auch die Gründe daraus entnehmen kann. Namentlich dem Erkenntniſſe des Unterſuchungsverhaftes, der Hausſuchung, der Brieferbrechung u. dgl. ſchickt man gern die Entſcheidungsgründe voraus, weil häufig Beſchwerde darüber geführt wird u. ſ. w. Vergl. noch Grolman, Grundſätze der Criminalrechtswiſſenſchaft, 3. Aufl., 1818, §. 511, S. 607. Bopp.

**Defraudation**[1]). Wer dem Staate die ſchuldige indirecte Steuer auf ſchuldvolle Art entzieht, macht ſich der Defraudation ſchuldig. Das römiſche Recht kennt dieſes Vergehen inſofern, als der Staat die indirecten Steuern, beſonders die der Ein- und Ausgangszölle (vectigal, telonium), erhob, oder vielmehr durch ſeine Zollpächter (publicani) erheben ließ[2]). Da Alles das, was verzollt werden mußte, ſelbſt im Falle beſonderer Befreiung anzumelden war, ſo wurde die ſchuldvolle

---

1) Boeckelmann, de vectigali a vectore defraudato. Heidelb. 1660. Horn, de mercibus illicitis, v. Contrebande. Vit. 1684. Krünitz, ökonomiſche Encyclopädie, Th. 8 (Berlin 1776), S. 343—349, u. d. W. Contreband. Klügel, de commissis fraudatorum vectigalium causa. Viteb. 1789. Damhouder, praxis rerum criminalium (Colon. 1591). Cap. 99: De teloniis ac aliis exactionibus, p. 423—428. (Der Verf. Ritter des goldenen Vließes und „Hispaniarum regis Philippi Consiliarius atque per totam Belgiam financiarum Commissarius," eifert mit vieler Heftigkeit gegen die, welche auch nur daran dächten, ſich der Entrichtung der vectigalia zu entziehen.) Quiſtorp, Grundſätze des teutſchen peinlichen Rechtes (5. Aufl. Leipzig 1794), Th. 1, §. 412: Strafe derjenigen, welche den Zoll nicht berichtigen. S. 624, 625. Wächter, Lehrbuch des römiſch-teutſchen Strafrechtes (Stuttg. 1826), Th. 2, §. 249: Zollvergehen. S. 600. Heffter, Lehrbuch des gemeinen teutſchen Criminalrechtes (2. Aufl. 1840), §. 538: Verbrechen gegen die Finanzhoheitsrechte. Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswiſſenſchaft (Neuſtadt 1836), §. 441: Beeinträchtigung der Finanzrechte. Müller, Promtuarium iuris novum, tom. II. (Lips. 1785) s. v. Commissa. p. 1397—1401. Sickel, Repertorium, Band 1 (Leipzig 1835), u. d. W. Defraudation, S. 147—149, Acciſe, S. 7, Zoll, S. 348. S. auch noch Pfeffinger, corpus iuris publici, tom. III. (1754) p. 483 sq.

2) L. 17. §. 1. D. de verb. sign. (50. 16.) L. 6. 8. 9. C. de vect. (4. 61.) Hegewiſch, hiſtoriſcher Verſuch über die römiſchen Finanzen. Altona 1804. Boſſe, Grundzüge des Finanzweſens im römiſchen Staate. Braunſchw. 1804. Burmann, dissertatio de vectigalibus populi rom. Trai. ad Rh. 1694; ed. II. auct. Lips. 1734. Savigny, über die römiſche Steuerverfaſſung unter den Kaiſern (in der Zeitſchrift für hiſtoriſche Rechtswiſſenſchaft, Bd. 6, Nr. V). Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes (2. Aufl. Halle 1837), Th. 1, §. 203.

Unterlaſſung[3]) beſtraft[4]), und zwar im Falle der Argliſt mit Confiscation der Waare und des Transportmittels[5]), ja ſelbſt mit Capitalſtrafe[6]), im Fall der Culpa mit der Strafe des Doppelten des Zolles[7]). Ward die verfallene Waare (commissum) doloſe vernichtet, ſo trat an deren Stelle der Werth[8]). Nach fünf Jahren war das Recht auf Strafe verjährt[9]). Schon wegen des Zuſammenhanges dieſer Geſetzgebung mit der Verfaſſung und Verwaltung des römiſchen Reiches, mit deſſen Untergang ſie erloſch, fand ſie, als das römiſche Recht, insbeſondere das Strafrecht, in Teutſchland zur Herrſchaft gelangte, keinen Eingang, außer etwa inſofern, als man lehrte, daß die Strafe der Confiscation der Waare, die als Gegenſtand der Defraudation erſcheine, zur Anwendung komme, eine Lehre, deren Spuren ſich in der Praxis verfolgen laſſen[10]). Die teutſchen Rechtsbücher der Sachſen- und Schwabenſpiegel beſchäftigen ſich mit beſtimmten Zöllen, bedrohen aber die Defraudanten blos mit Geldſtrafe. So heißt es im erſteren, Theil 2, Art. 27: Swer ſo brucken zol oder wazzer zol entvuret, der ſal in virvalt gelden. Swer ſo markt zol entvuret, der ſchal drizig ſchillinge geben[11]); im letzteren, Cap. 216: Der purg zölle oder waſſer zölle hinfürt mit wiſſen, der ſol in vierfalt gelten, ob jeman da iſt, der ihn vordere. Und iſt da nyeman, der kauffman ſol dreymal ruffen nach dem Zoller ſo er aller leuteſt mag, und iſt da nyeman, er ſol es got ergeben und ſein ſtraß fahren. Und kommet er aber hinwider und vordert der zollner ſeinen zolle, er ſol im in geben. Und ſchuldiget er in, er hab im ſeinen zoll verfaren, des ſol er zu den heyligen ſchwören, das er im geruffet hab dreymal. Er ſol nit zeügen darumb layten, wann man nympt an maniger ſtat zol, do nicht lewt ſeynd geſeſſen. Cap. 217: Der marckzöll verfüret mit wiſſen, der ſol geben dreißig ſchilling. Thut aber er als hievor geſprochen iſt, er wirdt auch ledig[12]). Einzelne

---

3) Schuldloſigkeit ſchloß von aller Strafe aus. L. 16. §. 8. D. de publ. et vect. (39. 4.): Si propter necessitatem adversae tempestatis expositum onus fuerit, non debere hoc commisso vindicari, Divi Fratres rescripserunt.

4) Poena commissi. Brissonius, de verb. signif. s. v. Committere. Leyser, medit. ad Pand. spec. 430: De commissis.

5) L. 8. 11. §. 2. L. 16. §. 11. eod.

6) L. 11. §. 2. eod: Dominus navis, si illicite aliquid in nave vel ipse, vel vectores imposuerint, navis quoque fisco vindicatur. Quod si absente domino id a magistro vel gubernatore, aut proreta nautave aliquo id factum sit, ipsi quidem capite puniuntur, navis autem domino restituitur.

7) L. 16. §. 10. eod.

8) L. 2. Cod. cit. Leyser l. c. med. 1—3. Der Verfaſſer theilt ein Urtheil der Juriſtenfacultät zu Wittenberg mit, welches die Frage, ob auch das Recht auf Entrichtung des defraudirten Zolles ſelbſt und dieſer überhaupt der Verjährung unterworfen ſei, verneint.

9) L. 2. Cod. cit.

10) Schilter, praxis iuris romani. Exercit XLII. §. 63.

11) Der Sachſenſpiegel, herausgegeben von Jul. Weiske (Leipzig 1840), S. 79. Schilter l. c. §. 61.

12) Senkenberg, corpus iuris germanici, tom. II. (Frankf. 1766.) p. 265.

Statutarrechte, die vom Zoll handeln, sprechen sich auch über die Strafe der Defraudation aus. So heißt es z. B. in den augsburgischen Statuten vom Jahre 1276 §. 19: Was Rechts der Zollner heb in der Stat[13]), unter Anderem: Füret ein Gast dem Zollner sinen Zoll hin, begrifet er den, so soll im der Zollner geben sinen Zoll, den er von im genommen solt hen und soll sich der Zollner Jenes guts unterwinden und soll es im uff Gnad haben; und in den freibergischen Statuten, revidirt im Jahre 1577, Art. 226 flg.[14]): Ist, daß ein Mann, der Zoll frei ist, den Zöllner teuschet mit dem Zoll und will ein andern Mann ledig machen, der zu recht zollen soll, und spricht, daß das Guth sein sei, oder wie das ist, daß er den Zöllner äffete, und mag ihn der Zöllner überweisen mit zweenen besessenen Männern, der Mann muß 5 Thaler Geld geben dem Rath und der Stadt, und die Habe, die in den Zeugen benannt wird, da er mit geteuschet und unrecht gefahren ist, hat an den Zoll, wie viel der ist, die ist des Raths zu recht. — Ist, daß ein Mann seinen rechten Zoll entfähret, dem soll der Zöllner nachfolgen mit dem Landgericht, und ist daß er ihn begreift an wahrhaftiger That, was er da gutes findet, das ist verlohren, das mag sich der Rath unterwinden mit Recht, der Landrichter hat seine Buße darzu, das ist 30 Schilling. — Die sich mit dem wuchernden Zollwesen, das schon im dreizehnten Jahrhundert so verschrieen war, daß es der Engländer Wickes miram insaniam Germanorum nannte (s. Prätorius, Versuch über das Besteuerungswesen, Königsberg 1802, S. 36), beschäftigende, besonders auf die Verhinderung willkürlicher Zollerhebungen gerichtete Reichsgesetzgebung[15]) bedrohte die Zolldefraudation mit der Strafe der Confiscation. So werden z. B. von der „Kaiserlich Majestät Commerzienordnung, was vor Handelswaaren ins Römische Reich passabel und wie es mit Visitation der Contrabanden zu halten," vom 8. Juni 1705[16]), alle Handels- und Fuhrleute ermahnt, sich aller verbotenen Um- und Abwege zu Abbruch der berechtigten Zollstätte bei Strafe der Confiscation, im Fall die Umfahrung erweislich auf des Kaufmanns Ordre geschehen (denn sonsten nur der Kaufmann pro modo delicti zu bestraffen) gänzlich zu enthalten[17]). Unter den jetzt in Teutschland herrschenden Gesetzgebungen,

13) Walch, vermischte Beiträge zum teutschen Rechte, Th. 4 (Jena 1774), S. 49.

14) Walch a. a. O. Th. 3 (1773), S. 260, 261.

15) Vergl. überhaupt: Struben, rechtliche Bedenken, Th. 2, Bed. 71. Pfeffinger l. c. p. 1441 sq. Lang, historische Entwickelung der teutschen Steuerverfassungen. Berlin 1793. Stündeck, historisch-juristische Abhandlung über die Steuerverfassung in teutschen Reichslanden. Duisburg 1794. v. Ulmenstein, pragmatische Geschichte der Zölle in Teutschland ꝛc. Halle 1798. Häberlin, Handbuch des teutschen Staatsrechtes, Bd. 3 (Berlin 1797), S. 1—33. Gönner, teutsches Staatsrecht (Landsh. 1804), S. 641 flg. Gesch. Erläuterung des teutschen Staatsrechtes, I Zollwesen. Frankf. 1832.

16) Senckenberg, Sammlung der Reichsabschiede, Th. 4, S. 207 flg.

17) S. ebendas. S. 215. Vergl. auch noch Reichstagsabschied zu Augsburg vom J. 1530, §. 92: Dergleichen trägt sich zum offtermal zu, daß leichtfertige muthwillige Personen die Zöll, damit die Uberkeit sonder begnadet, und privilegirt, fürsetzlich und muthwilliglich verfahren. Senckenberg a. a. O. Th. 2, S. 321.

welche die Defraudation verpönen[18]), hebt sich, schon in Bezug auf den geographischen Umfang, die neue Legislation des preußisch-teutschen Zollvereins hervor. Denn in dieser ist das wahr geworden, was Mittermaier im Jahre 1836 vorher sagte: Die Ausbreitung des preußischen Zollvereins wird bald ein auf den ganzen Zollverein ausgedehntes Zollstrafgesetzbuch herbeiführen (Archiv des Criminalrechtes. Neue Folge. Jahrg. 1836, Nr. XII. Das neue österreichische Strafgesetzbuch über Gefällsübertretungen, angezeigt von ꝛc. S. 324). Der erste Theil dieses Codex, das Zollgesetz, der allgemeine Grundsätze des Zollsystems aufstellt, umfaßt (zur Grundlage des Folgenden dient die Fassung des für das Großherzogthum Hessen publicirten Gesetzes vom 9. März 1838, in dessen Eingang es heißt: In Folge der mit den Regierungen der übrigen Zollvereinsstaaten getroffenen Vereinbarung über die allseitige Aufhebung der verschiedenen seither noch bestandenen Zollordnungen und über die Einführung einer für die sämmtlichen Vereinsstaaten übereinstimmenden Zollgesetzgebung haben wir — verordnet ꝛc.) 45 Paragraphen. Nach §. 24 sollen da, wo das Vereinsgebiet an das Ausland, d. h. an fremde, nicht zu dem Vereine gehörende Länder grenzt, Grenzbezirke, deren Breite sich nach der Oertlichkeit bestimmt, sich hinziehen, während der §. 35 verfügt: Innerhalb des Grenzbezirkes können früher bestandene Gewerbe mit zollpflichtigen fremden, einem höheren, als dem allgemeinen Eingangszolle unterliegenden, oder mit gleichnamigen inländischen, sowie mit allen einem Ausgangszolle unterworfenen Gegenständen nur fortgesetzt und neue nur angefangen und betrieben werden unter Beobachtung derjenigen Vorschriften, welche von den obersten Verwaltungsbehörden mit Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse anzuordnen, sowie durch die gewerbs-

---

18) Das Strafgesetzbuch des Königreichs Bayern beschränkt sich darauf, im Artikel 433 auszusprechen: Wer den Staat um die demselben schuldigen Abgaben oder Gefälle betrüglich verkürzt, ist um den vierfachen Betrag des beabsichtigten Gewinnes zu bestrafen, wenn nicht die That durch die damit verbundenen Umstände in eine schwerere Uebertretung übergeht. Vergehen wider die Siegeltaxe, Defraudation der Aufschläge, Mauten und Zölle sind nach den darüber vorhandenen besonderen Verordnungen zu ahnden. (Der Kleinschrod'sche Entwurf hatte §. 597 vorgeschlagen: Zoll-, Mauth- und Accise-Verbrechen sind nach den besonders hierüber ergangenen Gesetzen zu bestrafen.) Ebenso beschränkt sich das Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg darauf, in dem Art. 368 zu sagen: Betrügliche Beeinträchtigungen des Staatsvermögens durch Verletzung der bestehenden Abgabegesetze werden nach Maßgabe der letzteren geahndet, indem es in §. 445 hervorhebt, daß die bei der Verwaltung der indirecten Steuern angestellten Beamten und Diener, wenn sie die ihnen bekannt gewordenen Uebertretungen der Abgabegesetze, für deren Handhabung sie aufgestellt seien, aus Nachsicht verschwiegen, mit Dienstentlassung, und, wenn sie einen Pflichtigen durch Hintergehung desselben zur Contravention verleiteten oder zur Defraudation mitwirkten, mit dem Verluste der bürgerlichen Ehren- und der Dienstrechte zu bestrafen seien. Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg (Stuttg. 1839), S. 117, 143. Ausführlich ist das preußische Landrecht Th. 2, Tit. 20, §. 270—311, Tit. 15, §. 120—137. Vergl. noch: Schönbrodt, Sammlungen der Verordnungen über die Gewerbs-, Handels- und Abgabeverhältnisse in den Vereinsstaaten Teutschlands, ein Handbuch. Potsdam 1834, 1835, 3 Theile.

polizeilichen Gesetze gegeben sind, um das Gewerbs- und Zollinteresse zu sichern. Die weiteren Bestimmungen hierwegen, und zwar insbesondere wegen Führung von Handelsbüchern von Seiten der Kaufleute im Grenzbezirke, dann wegen Beschränkung der Krämer und anderer Gewerbtreibenden in kleineren Orten des Grenzbezirks bei dem unmittelbaren Waarenbezuge aus dem Auslande, sowie wegen der Beschränkung der Hausirgewerbe im Grenzbezirke werden durch den zweiten Theil dieser Verordnung (Zollordnung) ertheilt werden.. Der §. 36 handelt von dem Waarenverkehr außerhalb des Grenzbezirks (s. unten). Nach §. 37 können, wenn aus Gründen zu vermuthen ist, daß irgend Jemand im Grenzbezirke sich einer Uebertretung der Zollgesetze schuldig gemacht habe, oder dazu durch Bergung verbotener oder zollpflichtiger Waare mitwirke, zur Ermittelung der Contravention Nachsuchen nach solchen Vorräthen, unter Erforderung des Nachweises über bewirkte Verzollung oder inländischen Ursprung, selbst Haussuchungen von Zollbeamten unter Leitung eines Vorgesetzten vorgenommen werden, jedoch mit der Beschränkung, daß „Hausvisitationen" nur unter Zuziehung des Ortspolizeibeamten und nur nach Sonnenaufgang und vor Sonnenuntergang zulässig sind. Ausnahmsweise bedarf es dieser Förmlichkeiten nicht, wenn auf der That betroffene, von den Zollbeamten verfolgte Schleichhändler in Gebäuden Zuflucht suchen, indem dann die verdächtigen Räume den Zollbeamten auf Verlangen sogleich geöffnet und diese auf keine Weise gehindert werden sollen. Auch sind unter diesen Nachsuchungen die gewöhnlichen Revisionen bei den nach §. 35 unter Controle stehenden Gewerbtreibenden nicht begriffen. Im §. 38 wird hervorgehoben, daß Haussuchungen außerhalb des Grenzbezirks zum Zweck der Verfolgung einer Uebertretung der Zollgesetze nur von den zur Untersuchung derselben competenten Gerichtsbehörden angeordnet und unter ihrer Leitung vorgenommen werden könnten, während der §. 39 verordnet, daß Personen, die der Augenschein dem Verdachte aussetze, daß sie Waaren unter ihren Kleidern versteckten, und welche der Aufforderung der Zollbeamten, sich derselben zu entledigen, nicht sofort vollständig genügten, der körperlichen Visitation ausgesetzt werden könnten; indessen müßten sie, wenn sie diese nicht bei der nächsten Zollstelle oder Ortsbehörde wollten geschehen lassen, vor das zur Untersuchung der Zollstraffälle competente Gericht geführt werden. Der zweite (Zollordnung genannte) Theil des Zollgesetzes enthält (in 113 §§.) „Vorschriften für den Vollzug der allgemeinen Grundsätze des Zollsystems", und handelt im ersten Abschnitte „von der Erhebung der Zölle und der Waarenabfertigung, so weit solche an der Grenze stattfinden", im zweiten Abschnitte „von verschiedenen Einrichtungen und Anstalten zur Erhebung und Sicherung der Zölle", im dritten Abschnitt „von Verkehrserleichterungen, Befreiungen und Ausnahmen", im vierten Abschnitt „von den zum Schutze der Zollabgaben dienenden Einrichtungen und Vorschriften", im fünften und letzten Abschnitt „von den Dienststellen und Beamten, ihren amtlichen Befugnissen und Pflichten gegen das Publicum". Der dritte und letzte, 45 §§. umfassende Theil des Zollgesetzes (Zollstrafgesetz) handelt „von den Uebertretungen der Vorschriften des Gesetzes und deren Bestrafung", und zerfällt

in zwei Abschnitte, das Materielle und Formelle umfassend. Denn während der erste, die §§. 1—27 enthaltende, Abschnitt sich mit den „Strafbestimmungen" beschäftigt, zeichnet der zweite Abschnitt (§. 28—43) das „Strafverfahren" vor. Der erste Abschnitt handelt von der Strafe der Contrebande, der Defraudation, der Contravention, der Bestechung der Widersetzlichkeit, sowie von der Entschuldigung mit der Unbekanntschaft der Zollgesetze [19]) und von der Verjährung [20]). Hierher gehören die §§. 1—23. §. 1. Wer es unternimmt, Gegenstände, deren Ein-, Durch- oder Ausfuhr verboten ist, diesem Verbote zuwider, ein-, durch- oder auszuführen, hat die Confiscation der Gegenstände, in Bezug auf welche das Vergehen (die Contrebande) verübt worden ist, und zugleich eine Geldbuße verwirkt, welche dem doppelten Werthe jener Gegenstände gleichkommen soll. Falls der Werth weniger als die Hälfte von 15 Gulden beträgt, oder gar nicht ermittelt werden kann, soll die Geldstrafe in fünfzehn Gulden bestehen. §. 2. Wer es unternimmt, dem Staate die Ein-, Aus- oder Durchgangsabgaben zu entziehen, hat die Confiscation der Gegenstände, in Bezug auf welche das Vergehen (die Zolldefraudation) verübt worden ist, und zugleich eine, dem vierfachen Be-

---

19) Damit soll sich Niemand, auch nicht der Ausländer, entschuldigen können. Simon und v. Strampff, Rechtssprüche der preußischen Gerichtshöfe, Band 1 (Berlin 1828), S. 219 flg. (Es wurde dahin erkannt, daß der Nachweis der fehlenden Absicht nicht von der Strafe befreie.) Vergl. dagegen mehrere Rechtssprüche des badischen Oberhofgerichts in Mannheim, bei Hohnhorst, Jahrbücher des Oberhofgerichts in Mannh. Band 4, S. 261 flg., Band 9, S. 208 flg. Nach einer badischen Verordnung vom 1. März 1838, die aus einer Uebereinkunft mit den Vereinsstaaten hervorgegangen ist, kann im Fall eines „entschuldbaren Vergehens" eine Milderung der Strafe durch Ahndung mit Ordnungsstrafe von 1 bis 15 Gulden eintreten.

20) §. 27: In denjenigen Fällen, wo nur eine Ordnungsstrafe zu erkennen ist, tritt nach einem Jahr, und in denjenigen Fällen, wo die auf die Contrebande oder Defraudation gesetzten Strafen zur Anwendung kommen würden, nach drei Jahren die Verjährung dergestalt ein, daß eine jede Uebertretung, wenn solche vor Ablauf dieser Zeit nicht zur Anzeige gekommen ist, nicht mehr untersucht und bestraft werden soll. — Das badische Zollstrafgesetz vom 3. August 1837 (s. großherzgl. badisches Staats- und Regierungsblatt Nr. 30 vom 25. August) umfaßt das materielle Strafrecht in 48 §§. In den §§. 1—6 heißt es: §. 1. Die Zollvergehen sind a) Contrebande, b) Defraudation und c) Controlvergehen. §. 2. Wer ein Ein-, Aus- und Durchgangsverbot übertritt, macht sich der Contrebande schuldig. Wer dem Staate einen ihm schuldigen Ein-, Aus- oder Durchgangszoll oder eine der bestehenden Ausgleichungsabgaben vorenthält, macht sich der Defraudation schuldig. §. 4. Wer Zollgesetze oder Verordnungen übertritt, deren Uebertretung nicht eines der in den §§. 2 und 3 benannten Vergehen begründet, macht sich eines Controlvergehens schuldig. §. 5. Wer eine Contrebande begeht, nachdem er wegen einer früheren Verübung einer solchen von einem vereinsländischen Gerichte oder von einer vereinsländischen Finanzbehörde rechtskräftig verurtheilt war, macht sich des Rückfalles der Contrebande schuldig. Unter denselben Bedingungen begründet der Wiederholung der Defraudation einen Rückfall dieses Vergehens. §. 6. Die auf die Zollgesetze gesetzten Strafarten sind folgende: a) Geldstrafen, b) Confiscation, c) Freiheitsstrafe, d) zeitliche Niederlegung des Gewerbes, e) Entziehung einer Zollbegünstigung. Im §. 19 wird ausführlich vom Thatbestand der Contrebande und Zolldefraudation gehandelt. Der §. 20 betrifft den Thatbestand der Defraudation der Ausgleichungsabgaben.

trage der vorenthaltenen Abgaben gleichkommende Geldbuße verwirkt. Diese Abgaben sind außerdem nach dem Zolltarife zu entrichten. §. 3. Im Wiederholungsfalle, nach vorhergegangener rechtskräftiger Verurtheilung, wird außer der Confiscation der Gegenstände des Vergehens, die nach §. 1 und 2 eintretende Geldbuße verdoppelt. §. 4. Ein fernerer Rückfall, nach früherer rechtskräftiger Verurtheilung, zieht, außer der Confiscation der Gegenstände des Vergehens, die Verdoppelung der §. 3 bezeichneten Geldbuße, — anstatt derselben aber eine verhältnißmäßige Gefängnißstrafe, die jedoch die Dauer von vier Jahren nicht übersteigen darf, und den Verlust des Gewerbes, bei welchem die Contrebande oder Zolldefraudation begangen wird, bis zu fünf Jahren nach sich. Doch kann ausnahmsweise nach richterlichem Ermessen, mit Berücksichtigung aller Umstände des vorliegenden Falles und der vorausgegangenen Fälle, anstatt der Gefängnißstrafe, auf die oben bezeichnete Geldstrafe dann erkannt, auch von der Entziehung des Gewerbebetriebes Umgang genommen werden, wenn der Uebertreter die Contrebande oder Defraudation nicht gewerbmäßig betreibt, oder wenn derselbe nicht eine der früheren, oder die letzte Uebertretung unter erschwerenden (§. 11 bis 15), oder überhaupt unter solchen Umständen begangen hat, unter welchen die betrügliche Absicht bestimmt vorgelegen hat oder vorliegt. Im Fall die Geldstrafe nicht beigetrieben werden kann, findet statt derselben verhältnißmäßige Freiheitsstrafe innerhalb des oben bezeichneten Maximums statt. §. 5. Kann der Betrag des vorenthaltenen Zolles, welcher nach den §. 2, 3 und 4 der Bestimmung der Strafe zu Grunde zu legen ist, nicht mehr ausgemittelt werden, so ist der Geldbetrag der Strafe nach richterlichem Ermessen auf funfzehn bis hundertfunfzig Gulden festzusetzen. §. 6. Die Contrebande oder Defraudation wird als vollbracht angenommen: 1) wenn bei der Anmeldung an der Zollstätte a) Gewerbtreibende oder Frachtführer verbotene oder abgabepflichtige Gegenstände gar nicht, oder in zu geringer Menge, oder in einer Beschaffenheit, die eine geringere Abgabe würde begründet haben, declariren, oder b) andere Personen dergleichen Gegenstände wider besseres Wissen unrichtig declariren oder bei der Revision verheimlichen; 2) wenn bei dem Transport verbotene oder abgabepflichtige Gegenstände im Grenzbezirke a) die Zollstätte, bei welcher dieselben bei dem Ein- oder Ausgange hätten angemeldet und gestellt werden sollen, ohne solche Anmeldung überschritten oder ganz umgangen, b) die vorgeschriebene Zollstraße oder der im Zollausweise bezeichnete Weg nicht eingehalten, c) der Transport ohne Erlaubniß der Behörde außer der gesetzlichen Tageszeit bewirkt wird, oder d) Gegenstände ohne den vorschriftmäßigen Zollausweis betroffen werden, oder mit diesem nicht übereinstimmen; 3) wenn über verbotene oder abgabepflichtige Gegenstände, welche aus dem Auslande eingehen, vor der Anmeldung und Revision bei der Zollstätte, oder wenn über derartige, zur Durchfuhr oder zur Versendung nach einer öffentlichen Niederlagsanstalt declarirte, oder sonst unter Begleitschein gehende Gegenstände, auf dem Transport gegen die Vorschriften der Zollverordnungen verfügt wird; 4) wenn Gewerbtreibende im Grenzbezirke sich nicht, in Gemäßheit der nach §. 35 des ersten Theiles dieser Verordnung getroffenen Anordnungen, über

die erfolgte Verzollung oder die zollfreie Abstammung der vorgefundenen Gegenstände ausweisen können; 5) wenn unverzollte Waaren, aus einer Anstalt zur Niederlage derselben ohne vorschriftmäßige Declaration (Abmeldung) entfernt werden. Das Dasein der in Rede stehenden Abtretungen und die Anwendung der Strafe derselben, wird in den vorstehend unter 1 bis 5 angeführten Fällen lediglich durch die daselbst bezeichneten Thatsachen begründet. Kann jedoch in den unter 2 und 4 angeführten Fällen der Angeschuldigte vollständig nachweisen, daß er eine Contrebande oder Zolldefraudation nicht habe verüben können oder wollen, so findet nur eine Ordnungsstrafe nach Vorschrift §. 17, lit. b, statt. §. 7. Wenn in den im §. 36 des ersten Theiles dieser Verordnung bezeichneten Fällen [21]) der zollordnungsmäßige Ausweis über die im Binnenlande transportirten Waaren nicht zur Stelle ertheilt werden kann, oder die erforderliche Vormerkung in den Handlungsbüchern fehlt, oder die verordnete Anmeldung unterblieben ist, so wird zwar hierdurch der Verdacht einer begangenen Zolldefraudation und dem Befinden nach die vorläufige Beschlagnahme der ohne die vorgeschriebene Bezettelung oder Vormerkung in den Handelsbüchern vorgefundenen Waaren begründet. Wiederlegt sich aber dieser Verdacht bei näherer Untersuchung, so findet nur eine Ordnungsstrafe nach §. 17, lit. b, statt. Auf die Behauptung, daß die Gegenstände, woran die Defraudation verübt worden, zum Durchgange bestimmt gewesen, soll nur in dem Falle Rücksicht genommen werden, wenn die Defraudation erst beim Ausgangsamte und unter solchen Umständen entdeckt wird, daß dabei nur eine Verkürzung der Durchgangszölle beabsichtigt sein kann. In allen anderen Fällen sind, ohne Rücksicht auf die gedachte Behauptung, die Eingangs-, beziehungsweise Ausgangszölle zu entrichten, und ist nach ihnen die verwirkte Strafe abzumessen. §. 9. Wenn ein Frachtführer, nach Vorschrift des §. 6, Nr. 1, lit. a, wegen unrichtiger Declaration verurtheilt, derselbe jedoch durch die ihm von dem Befrachter mitgegebenen Declarationen, Frachtbriefe oder andere schriftliche Notizen über den Inhalt der Colli, zu der unrichtigen Declaration veranlaßt worden, oder wenn in den §. 6, Nr. 4, angeführten Fällen die Verurtheilung lediglich auf den Grund der daselbst bezeichneten Thatsachen

---

21) Es heißt in diesem §. 36 (s. oben), über den Grenzbezirk hinaus finde im Inlande, nach näherer Vorschrift des zweiten Theils (der Zollordnung) eine weitere Beaufsichtigung des Waarenverkehrs nur insofern statt, daß 1) die aus dem Auslande oder aus dem Grenzbezirke in das Innere übergehenden Waaren mit den im Grenzbezirke empfangenen Abfertigungsscheinen bis zum Bestimmungsorte begleitet sein müßten, daß 2) bei gewissen hochbesteuerten Waaren die Versendungen im Inlande zu größeren Quantitäten nur auf Frachtbriefe oder Transportzettel geschehen dürften, daß 3) von den Handeltreibenden, welche dergleichen hochbesteuerte Waaren unmittelbar aus dem Auslande bezögen, über den Handel mit denselben Buch zu führen und darin der Tag und der Ort, an welchem die Verzollung geleistet worden, jedesmal beim Empfang der Waare anzubemerken sei, endlich 4) Waarenführer und Handeltreibende bei dem Transport zollpflichtiger fremder oder gleichnamiger inländischer Waaren, und, insofern es Artikel der unter 2 bezeichneten Waaren seien, auch darüber aufrichtige Auskunft zu geben hätten, von wem und woher die Waaren bezogen worden seien, und wohin, auch an wen sie abgeliefert werden sollten.

erfolgt ist, ohne daß die Defraudation selbst weiter nachgewiesen worden, so findet im Falle der Wiederholung einer solchen Uebertretung die Strafe des Rückfalles nicht statt. Auch soll eine solche Verurtheilung die Strafe des Rückfalles bei einer nachfolgenden Zollübertretung nicht begründen. §. 10. Werden Gegenstände, deren Ein-, Durch- oder Ausfuhr verboten ist, 1) bei den Grenzzollamte von Gewerbtreibenden ausdrücklich angezeigt, oder von anderen Personen vorschriftsmäßig zur Revision gestellt, oder 2) kommen solche Gegenstände mit der Post an, und kann derjenige, an welchen sie gesendet sind, einer beabsichtigten Contrebande nicht überführt werden, so findet keine Strafe, wohl aber Zurückschaffung der Gegenstände statt. Im ersten Falle geschieht die Zurückschaffung auf Kosten desjenigen, welcher die verbotenen Gegenstände bei sich geführt hat; im zweiten Falle haften für die etwa dem Staate verursachten Kosten die Gegenstände selbst. §. 11. Die Strafe der Contrebande oder Defraudation wird um die Hälfte geschärft: 1) wenn die Gegenstände beim Transporte in geheimen Behältnissen oder sonst auf eine künstliche und schwer zu entdeckende Art verborgen, oder 2) wenn zum Durchgange oder Wiederausgange angemeldete oder sonst unter Begleitscheincontrole gehende Gegenstände auf dem Transporte vertauscht, oder in ihren Bestandtheilen verändert worden sind, wobei jedoch das im §. 4 festgesetzte Maximum der Gefängnißstrafe nicht überschritten werden darf. §. 12. Diese Strafe (§. 11) tritt gleichfalls ein, wenn Gewerbtreibende, denen zur Beförderung ihres Gewerbes und unter der Bedingung der Verwendung zu diesem Zwecke, abgabepflichtige Gegenstände ganz frei, oder gegen eine geringere Abgabe verabfolgt worden sind, dieselben ohne vorherige Nachzahlung der Gefälle anderweit verwenden oder veräußern; oder wenn Personen, denen Waaren unverzollt anvertraut worden, mit denselben Unterschleif treiben, oder zu treiben verstatten. Außerdem gehen sie, in dem einen wie in dem anderen Falle, der ihnen gewährten Begünstigung für immer verlustig. §. 13. Die Vereinigung von drei oder mehreren Personen zu gemeinschaftlicher Verübung von Zollvergehen wird, außer den für letztere in dieser Verordnung bestimmten Strafen: a) wenn die Vereinigung nur für einen einzigen Fall stattfand, gegen den Anführer, sowie gegen den Anstifter, mit drei- bis sechsmonatlicher, — und gegen die übrigen Theilnehmer mit ein- bis dreimonatlicher Gefängnißstrafe, b) wenn die Uebertretung ohne vorgängige besondere Verabredung wiederholt, oder die Vereinigung für mehrere Fälle eingegangen war, gegen den Anführer, sowie gegen den Anstifter mit ein- bis zweijähriger, und gegen die übrigen Theilnehmer mit sechsmonatlicher bis einjähriger Gefängnißstrafe geahndet. Wenn drei oder mehrere Personen im Grenzbezirke auf Nebenwegen oder zur Nachtzeit zusammen in Verübung von Zollvergehen betroffen worden sind, so wird angenommen, daß sie sich zur gemeinschaftlichen Verübung derselben verbunden haben, es sei denn, daß sie nachweisen, daß ihr Zusammensein nur ein zufälliges gewesen. §. 14. a) Derjenige, welcher Contrebande oder Zolldefraudation unter dem Schutze einer Versicherung (Assecuranz) verübt, verfällt neben der auf das Vergehen selbst gesetzten Strafe in eine Gefängnißstrafe von zwei bis drei Monaten. b) Wird die Contrebande oder

Zolldefraudation von drei oder mehreren zu diesem Zwecke verbundenen Personen unter dem Schutze einer Versicherung verübt, so ist die nach Verschiedenheit der im §. 13 bezeichneten Fälle verwirkte Strafe, gegen den Anführer, sowie gegen den Anstifter, mit achtmonatlicher bis einjähriger, und gegen die übrigen Mitglieder mit vier- bis sechsmonatlicher Gefängnißstrafe zu schärfen. c) Der Versichernde (Assecurateur), sowie der Vorsteher einer Versicherungsgesellschaft, verfällt in den Fällen a und b in eine Gefängnißstrafe von ein und einem halben bis zwei Jahren, der Rechnungsführer der Versicherungsgesellschaft in eine solche von sechs Monaten bis zwei Jahren, jedes der übrigen Mitglieder der Gesellschaft in eine solche von sechs Monaten bis zu einem Jahre. Außerdem unterliegen die zum Zwecke der Versicherung angelegten Fonds der Confiscation, und ist, falls hierzu nicht zu gelangen, statt der Confiscation eine von sämmtlichen Theilnehmern unter solidarischer Haftung zu erhebende Geldstrafe von achthundert bis achttausend Gulden verwirkt. §. 15. Wer bei Verübung einer Zolldefraudation oder Contrebande, Waffen oder andere gleich gefährliche Werkzeuge zum Widerstande gegen die Aufsichtsbeamten mit sich führt, soll, neben der verwirkten Strafe der Defraudation oder Contrebande, mit sechsmonatlicher bis einjähriger Gefängnißstrafe belegt werden. Sind von den Schuldigen bei vorgedachter Gelegenheit die Waffen gegen die zum Zollschutze verpflichteten Beamten wirklich gebraucht worden, so ist dieses Vergehen nach den allgemeinen strafgesetzlichen Bestimmungen zu beurtheilen und zu ahnden. Die Vermuthung, die Waffen zum Zwecke des Widerstandes gegen die Aufsichtsbeamten mit sich geführt zu haben, trifft denjenigen, welcher im Grenzbezirke auf Nebenwegen oder zur Nachtzeit bei einer Contrebande oder Defraudation mit Waffen betroffen wird, sofern nicht aus den Umständen unzweifelhaft hervorgeht oder der Beweis geführt wird, daß der Zweck der Führung der Waffen in keinem Zusammenhange mit dem Zollvergehen stehe. §. 16. Wenn nur zwei Personen sich zu einer Contrebande oder Defraudation verbinden, so trifft einen Jeden die volle Strafe des gemeinschaftlich ausgeführten Vergehens. Gleiche Strafe trifft einen Jeden, welcher in sonstiger Weise als Urheber an dem Vergehen Theil nimmt. Das Maß der durch die Gehilfen und Begünstiger, im Verhältnisse zur Strafe des Urhebers, verwirkten Strafen richtet sich nach allgemeinen strafgesetzlichen Bestimmungen. Die Strafe des Rückfalles tritt übrigens nur gegen diejenigen ein, welche sich selbst eines Rückfalles schuldig gemacht haben. §. 17. a) Die Verletzung des amtlichen Waarenverschlusses ohne Beabsichtigung einer Gefällentziehung wird, wenn nicht nachgewiesen werden kann, daß dieselbe durch einen unverschuldeten Zufall entstanden ist, mit einer Geldbuße geahndet, welche bei verbotenen Gegenständen dem sechsten Theile des Werthes derselben, und bei anderen Gegenständen dem sechsten Theile der Eingangsabgabe gleichkommt. b) Die Uebertretungen der Vorschriften dieser Verordnungen, sowie der in Folge derselben öffentlich bekannt gemachten Verwaltungsvorschriften, für welche keine besondere Strafe angedroht ist, wird mit einer Ordnungsstrafe von einem bis funfzehn Gulden bestraft. §. 18. Soweit eine Geldstrafe von

den Verurtheilten wegen Zahlungsunfähigkeit nicht beizutreiben ist, tritt an deren Stelle eine verhältnißmäßige Gefängnißstrafe [22]) in der Art, daß für 1 Fl. 30 Kr. ein Tag Gefängniß angesetzt wird. Die so verwandelte Strafe darf jedoch nie mehr als ein Jahr im ersten Uebertretungsfalle, nicht mehr als zwei Jahre im ersten Rückfalle und in jedem weiteren Rückfalle nicht mehr als das im §. 4 bestimmte Maximum von vier Jahren betragen. Die Gefängnißstrafe ist jedesmal eventuel (für den Fall der Unvermögenheit) zu gleicher Zeit mit der Geldstrafe auszusprechen. §. 19. a) Handel- und Gewerbtreibende haben für ihre Diener, Lehrlinge, Markthelfer, Gewerbsgehilfen, Ehegatten, Kinder, Gesinde und die sonst in ihrem Dienste oder Taglohn stehenden, oder sich gewöhnlich bei der Familie aufhaltenden Personen; b) andere, nicht zur handel- und gewerbtreibenden Classe gehörende Personen aber nur für ihre Ehegatten und Kinder, rücksichtlich der Geldbußen, Zollgefälle und Prozeßkosten zu haften, in welche die solchergestalt zu vertretenden Personen wegen Verletzung der, bei Ausführung der ihnen von den subsidiarisch Verhafteten übertragenen, oder ein für allemal überlassenen Handels-, Gewerbs- und anderen Verrichtungen zu beobachtenden zollgesetzlichen oder sonstigen Zollverwaltungsvorschriften verurtheilt worden sind. Der Zollverwaltung bleibt in allen Fällen vorbehalten, die Geldbuße entweder von dem subsidiarisch Verhafteten einbringen, oder solche, sei es in Natur oder im Verwandlungswege (§. 18), an dem Angeschuldigten vollstrecken zu lassen, ohne daß letzteren Falls die Verbindlichkeit des subsidiarisch Verhafteten rücksichtlich der zu ersetzenden Gefälle und zu berechtigenden Prozeßkosten dadurch aufgehoben wird. §. 20. Der in Folge eines Zollvergehens eintretende Verlust der Gegenstände des Vergehens trifft jederzeit den Eigenthümer. Eine Ausnahme findet nur statt, wenn die Contrebande oder Defraudation von dem bekannten Frachtfuhrmann oder Schiffer, welchem der Transport allein anvertraut war, ohne Theilnahme und Mitwissen des Eigenthümers verübt worden ist, und der Fuhrmann oder Schiffer nicht zu denjenigen Personen gehört, für welche der Eigenthümer nach Vorschrift des §. 19 subsidiarisch verhaftet ist. In diesem Falle tritt statt der Confiscation die Verpflichtung des Waarenführers ein, den Werth jener Gegenstände zu entrichten. Kann die Confiscation nicht mehr in der Wirklichkeit erfolgen, so muß der in Ermangelung anderer Beweismittel durch eidliche Schätzung ausgemittelte Werth der Gegenstände bezahlt und, wenn die Schätzung unmöglich ist, anstatt der Confiscation auf funfzig bis zweitausend Gulden erkannt werden. §. 21. Das Eigenthum der Gegenstände, auf deren Confiscation erkannt wird, ist von dem Augenblick an, wo dieselben in Beschlag genommen wurden, als auf den Staat übergegangen zu betrachten, und kann nach den Grundsätzen

22) Hinsichtlich der Militärpersonen pflegt diese Bestimmung Modification zu erleiden. Siehe z. B. Militärstrafgesetzbuch für das Großherzogthum Hessen vom J. 1822, Art. 73, 85, wornach im Fall der Vermögenslosigkeit die Geldstrafe in Arrest- oder Festungsstrafe vom geringsten Grade des Wachtarrestes anfangend und bis zur strengen Festungsstrafe aufsteigend, zu verwandeln ist.

der Civilgesetze über die Vindication gegen dritte Besitzer verfolgt werden. §. 22. Treffen mit einer Zollübertretung andere Vergehen oder Verbrechen zusammen, so kommt die für die erstere bestimmte Strafe zugleich mit der für letztere vorgeschriebenen zur Anwendung. §. 23. Wer zum Zweck einer Contrebande oder Defraudation den amtlichen Waarenverschluß verfälscht, ebenso wie derjenige, welcher in gleicher Absicht falscher Urkunden sich bedient, wird neben der Strafe, welche im Uebrigen für die Uebertretung der Vorschriften gegenwärtiger Verordnung verwirkt ist, mit der für solche Fälschungen durch die bestehenden Gesetze angedrohten Strafe belegt. — Der zweite, das Strafverfahren normirende Abschnitt des dritten Theiles des Gesetzes [23]), bestimmt im §. 28, was bei Entdeckung einer Uebertretung geschehen solle; die vorläufige Festsetzung des Thatbestandes sei in der Regel zu bewirken durch die zur Wahrnehmung des Interesses der Zollverwaltung verpflichteten Beamten, denen es obliegt, sich der Objecte der Zuwiderhandlung durch Beschlagnahme zu versichern; auch seien sie gehalten und befugt, diese Maßregeln auf die Transportmittel auszudehnen, wenn dieses zur Sicherung der Gefälle, wahrscheinlich verwirkten Strafe und Untersuchungskosten erforderlich sei. Fremde und unbekannte Personen könnten in erheblichen Fällen, bis sie sich legitimirt und vollständige Sicherheit geleistet hätten, dem nächsten Gericht zur einstweiligen Verwahrung übergeben werden. Der §. 29 überläßt die Untersuchung und Bestrafung den competenten Gerichten [24]) und den Verurtheilten die Ergreifung der in Civilsachen zulässigen Rechtsmittel; sämmtliche Erkenntnisse seien den für die Zollverwaltung angestellten Fiscalen mitzutheilen. Die §§. 30—34 handeln von der Erledigung der Contraventionssachen in administrativem Wege, die nach Umständen dem Uebertreter freisteht, während der §. 35 vorschreibt, daß bei der Publication eines Straferkenntnisses und jeder Erledigung im Verwaltungswege der Schuldige auf die Erhöhung der Strafe aufmerksam zu machen sei, die er beim Rückfall zu erwarten habe; diese Verwarnung müsse beur-

---

23) Sowie überhaupt die Vereinszollgesetzgebung mehr oder weniger nach den einzelnen Staaten des Vereins modificirt erscheint, so ist dieses besonders hinsichtlich des Strafverfahrens der Fall. So wurde z. B., von dem Uebrigen getrennt, für das Großherzogthum Baden unterm 4. April 1838, eine besondere sich auf ein Gesetz vom 22. Juni 1837: Ueber die Untersuchung und Bestrafung von Uebertretung in Steuersachen, von Ein-, Aus- und Durchfuhrverboten und über den Instanzenzug, beziehende Verordnung, das Verfahren in Zollstrafsachen betreffend, in 56 Artikeln erlassen (s. großherz. badisches Staats- und Regierungsblatt Nr. 16, vom 11. April 1838), wornach in bestimmten Fällen die Untersuchung und Aburtheilung den Finanzbehörden überlassen ist.

24) Vergl. Struben, rechtliche Bedenken, Th. 1, Bed. 103: Wie fern Zollsachen vor die Gerichte gehören. Das württembergische Zollstrafgesetz vom 15. Mai 1838 (Regierungsbl. Nr. 23 vom 22. Mai) spricht sich im §. 28 dahin aus: In allen Untersuchungssachen wegen Uebertretung des Zollgesetzes, der Zollordnung und der hierauf sich gründenden weiteren Verordnungen und Vorschriften kommen die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über die Strafcompetenz und das Verfahren in Strafsachen zur Anwendung, sofern nicht das gegenwärtige Gesetz eigene Bestimmungen enthält. (Auch dieses Gesetz hat in Bezug auf das Strafverfahren individuelle Bestimmungen.)

kundet werden; sei dieses nicht geschehen, so trete in einem solchen Falle nur erhöhte Geldstrafe ein. Die §§. 36—43 betreffen das Verfahren bei Vollziehung der Strafen gegen Ausländer und Unbekannte, die Zurückgabe der in Beschlag genommenen Gegenstände gegen Cautionsleistung, die Aufbewahrung der gepfändeten Gegenstände und Cautionen, die Beitreibung der Geldstrafen, die Strafantheile der Denuncianten und die Verwendung der Geldstrafen und Confiscationen. — Der dritte und letzte, die §§. 44 und 45 umfassende Abschnitt des dritten Theiles des Zollgesetzes enthält noch Einiges über dessen Anwendung. — Unterm 1. November 1837 wurde zwischen den Staaten des preußisch-teutschen Zollvereines einerseits und zwischen Hannover, Oldenburg und Braunschweig[25]) anderseits ein Staatsvertrag wegen Unterdrückung des Schleichhandels abgeschlossen, der in 8 Artikel zerfällt. Nach den Art. 1 und 2 sollten die contrahirenden Regierungen gegenseitig gehalten sein, auf die Verhinderung und Unterdrückung des Schleichhandels durch alle angemessenen, ihrer Verfassung entsprechenden Maßregeln gemeinschaftlich hinzuwirken und auf ihren Gebieten Vereinigungen von Schleichhändlern, Waarenniederlagen oder sonstige Anstalten nicht zu dulden, welche den Zweck vermuthen ließen, Waaren, die in den anderen Staaten verboten oder mit einem Eingangszoll belegt seien, dorthin einzuschwärzen. Die Art. 3—8 sind des Inhaltes: Art. 3. Die betreffenden Behörden, Beamten oder Angestellten (Bediensteten) der contrahirenden Staaten sollen sich gegenseitig den verlangten Beistand in allen gesetzlichen Maßregeln bereitwillig leisten, welche zur Verhütung, Entdeckung oder Bestrafung der Zoll- (Steuer-) Contraventionen dienlich sind, die gegen irgend einen der contrahirenden Staaten unternommen oder begangen worden. Unter Zoll- (Steuer-) Contraventionen werden hier und in allen folgenden Artikeln dieser Uebereinkunft nicht nur die Umgehungen der in den betheiligten Staaten bestehenden Ein-, Aus- und Durchgangsabgaben, sondern auch die Uebertretungen der, von den einzelnen Regierungen erlassenen Ein- und Ausfuhrverbote, nicht minder der Verbote solcher Gegenstände, deren ausschließlichen Debit diese Regierungen sich vorbehalten haben, und endlich diejenigen Contraventionen begriffen, durch welche die Abgaben beeinträchtigt werden, die nach der besonderen Verfassung einzelner der contrahirenden Staaten für den Uebergang von Waaren aus einem der zu demselben Zoll- (Steuer-) Vereine gehörenden Staaten in einen anderen angeordnet sind. Artikel 4. Die Behörden, Beamten oder Angestellten (Bediensteten) der indirecten Steuer- oder Zollverwaltung der contrahirenden Staaten, sowie die sonstigen Angestellten, welche zur Aufrechthaltung der Zoll- (Steuer-) Gesetze verpflichtet sind, haben auch ohne besondere Aufforderung die Verbindlichkeit, alle gesetzlichen Mittel anzuwenden, welche

---

25) Die Gesetzgebung dieses Staates über Zolldefraudation, dessen Bestrafung und über das Verfahren beurkundet das Gesetz vom 23. April 1835 über die Eingangs-, Ausgangs- und Durchgangsabgaben, 147 §§. umfassend (Verordnungssammlung von 1835, Nr. 14). Vergl. noch Rechtslexikon, Band 2, Art. Braunschweig.

zur Verhütung, Entdeckung oder Bestrafung der gegen irgend einen der gedachten Staaten beabsichtigten oder ausgeführten Zoll- (Steuer-) Contraventionen dienen können, und die betreffenden Behörden dieses Staates von demjenigen in Kenntniß zu setzen, was sie in dieser Beziehung in Erfahrung bringen. Artikel 5. Den zur Wahrnehmung des Zoll- (Steuer-) Interesses angesetzten oder verpflichteten Beamten und Angestellten (Bediensteten) der Staaten des einen der contrahirenden Theile soll es gestattet sein, bei Verfolgung der Spuren begangener Contraventionen sich auf das angrenzende Gebiet der, zu dem anderen contrahirenden Theile gehörigen Staaten zu dem Zwecke zu begeben, um den dortigen betreffenden Behörden Mittheilung von solchen Contraventionen zu machen, worauf diese Behörden, in Gemäßheit der in den Artikeln 3 und 4 gegenseitig übernommenen Verpflichtung, alle gesetzlichen Mittel anzuwenden haben, welche zur Feststellung der Contravention Behufs deren Bestrafung führen könnten, gleich als wenn es sich um eine gegen die eigene Zoll- (Steuer-) Gesetzgebung verübte Contravention handelte. Artikel 6. Eine Auslieferung der Contravenienten tritt in dem Falle nicht ein, wenn sie Unterthanen desjenigen Staates, in dessen Gebiete sie angehalten worden, oder eines mit diesem im Zoll- (Steuer-) Verbande stehenden Staates sind. Im anderen Falle sind die Contravenienten demjenigen Staate, auf dessen Gebiete die Contravention verübt worden ist, auf dessen Requisition, oder, nach Ermessen, auch ohne eine solche zur Untersuchung und Bestrafung auszuliefern. Art. 7. Die contrahirenden Staaten verpflichten sich, ihre Unterthanen und die in ihrem Gebiete sich aufhaltenden Fremden, letztere, wenn deren Auslieferung nicht nach Art. 6 erfolgt ist, wegen der auf dem Gebiete eines anderen der contrahirenden Staaten begangenen Contraventionen oder ihrer Theilnahme an selbigen, auf die von diesem Staate ergehende Requisition eben so zur Untersuchung zu ziehen, als ob die Contravention auf eigenem Gebiete und gegen die eigene Gesetzgebung begangen wäre. Die Uebertretungen von Zoll- (Steuer-) Gesetzen eines jeden der paciscirenden Staaten werden nach eben den Strafgesetzen geahndet, welche in dem Staate, in welchem die Untersuchung und Bestrafung eintritt, hinsichtlich gleicher Vergehen gegen die eigenen Zoll- (Steuer-) Gesetze vorgeschrieben sind. Auch kommen in Hinsicht der, mit den Contraventionen concurrirenden gemeinen Verbrechen oder Vergehen, alle diejenigen criminalrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung, welche in Beziehung auf die von Inländern im Auslande begangenen Verbrechen oder Vergehen in jedem Staaten gelten. Artikel 8. In den nach Artikel 7 einzuleitenden Untersuchungen soll in Bezug auf die Feststellung des Thatbestandes den amtlichen Angaben der Behörden, Beamten oder Angestellten (Bediensteten) desjenigen Staates, auf dessen Gebiete die Contravention begangen worden ist, dieselbe Beweiskraft beigemessen werden, welche den amtlichen Angaben der inländischen Behörden, Beamten oder Angestellten für Fälle gleicher Art in den Landesgesetzen beigelegt ist. Im folgenden Jahre 1838 trat diesem Staatsvertrage die fürstlich schaumburg-lippesche Regierung bei. — Neben der Strafgesetzgebung der Staaten des preußisch-teutschen Zollvereines hebt sich die neue Legislation Oesterreichs, beurkundet in dem Straf-

geſetzbuche dieſes Staates vom 11. Juli 1835 „über Gefällübertretungen" hervor, wie ſich Mittermaier a. a. O. ausdrückt: Das vollſtändigſte Strafgeſetzbuch, das irgend ein Land in Bezug auf die Beſtrafung der Uebertretungen der Zoll und anderer Geſetze über indirecte Abgaben (Gefälle) beſitzt. Denn es umfaßt 934 §§., von denen die §§. 499—934 das Strafverfahren normiren. So ſehr dieſe Legislation eine nähere Betrachtung verdient, ſo würde dieſe doch, wollte man bis zum Hintergrund ihrer Vorſchriften über Defraudation und das dafür berechnete Strafverfahren folgen, zu weit führen[26]). Von beſonderem Intereſſe iſt das fünfte und ſechſte Capitel, welches ſich mit der Defraudation durch Schleichhandel beſchäftigt, eine Erſcheinung, welche der Betrachtung einen ſo fruchtbaren Stoff darbietet, und dem Geſetzgeber und der Geſetzgebungspolitik ein ſchwieriges Problem iſt[27]). Dieſes Geſetzbuch iſt auch inſofern beachtenswerth, als es eine Einheit der Legislation über Beſtrafung der Vergehen, welche als Uebertretung der Geſetze über die indirecten Steuern gelten, überhaupt darſtellt. In den anderen teutſchen Staaten iſt es anders; dort findet ſich dieſe Strafgeſetzgebung in Einzelngeſetzen zerſtreut. Was insbeſondere die Staaten des preußiſch-teutſchen Zollvereins betrifft, ſo zeigt ſich, nach Obigem, eine gewiſſe Einheit nur in Bezug auf die Zölle (des Ein-, Aus- und Durchgangs). Hinſichtlich der anderen indirecten Steuern, als Trankſteuer und Zapfgebühr, Salzregie[28]), Waſſerzoll (z. B. Rheinſchifffahrtsoctroi), Chauſſee- und Brückengeld, Stempeltaxe, Collateralgelder, Hundeſteuer u. ſ. w., hat nicht

---

26) Eine Ueberſicht gewährt jener Beitrag von Mittermaier, über den prozeſſualiſchen Theil, ſ. deſſen weiteren Beitrag zum Jahrgang 1837 des Archivs für Criminalrecht Nr. 1: Ueber die Fortſchritte der Geſetzgebung in Bezug auf den Strafprozeß ꝛc. S. 22.

27) Schon Beccaria hat in ſeinem Werke: Ueber Verbrechen und Strafen, ſolche Betrachtungen angeſtellt, indem er zugleich die Frage erörtert, warum der Schmuggel die öffentliche Meinung ſo wenig gegen ſich habe. Siehe die Ueberſetzung dieſes Werkes von Bergk, Th. 1 (Leipzig 1798), S. 262—264, §. 31: Von dem Schleichhandel und dem Unterſchleife. Vergl. noch Servin, über die peinliche Geſetzgebung. Aus dem Franzöſiſchen von Gruner. (Nürnberg 1786) S. 323 flg. Walther, Lehrbuch der Staatswiſſenſchaft (Gießen 1798), S. 382. Breitenſtein, nur Eine Steuer (Gotha 1826), Cap. 2: Indirecte Steuern, S. 91—150, beſ. 116 flg. Mittermaier a. a. O. S. 324—326. Annalen der teutſchen und ausländiſchen Criminalrechtspflege, begr. von Hitzig, fortgeſ. von Demme und Klunge, Band 3 (Altenburg 1837), S. 113—179: Königreich Preußen. Der zur Befreiung zweier überm nächtlichen Paſchen ergriffenen Schmuggler aus Tannenhain im Königreich Sachſen, von einem daſelbſt noch in der nämlichen Nacht zuſammengerotteten Schmugglerhaufen mit gewaffneter Hand und offener Gewalt unter Tödtung und Verwundung der preußiſchen Grenzbeamten ausgeführte Ueberfall des Richterhauſes zu Wildſchütz im Königreich Preußen. Vom Oberlandesgerichtsrath Jungmeiſter in Naumburg. Vorwort S. 115, 116.

28) S. beſ. über dieſe den Jahrg. 1836 der Zeitſchrift: Der Nationalökonom, Band 2, S. 197: Die Verhandlungen der beiden badiſchen Kammern über den Beitritt des Großherzogth. Baden zu dem teutſchen Handels- und Zollvereine, S. 210—212.

nur jeder Staat [29]) seine besondere Gesetzgebung, sondern diese ist auch, namentlich in Bezug auf Strafe und Strafverfahren, in keinem besonderen Codex vereinigt. Daher finden wir auch die Gesetzgebung wegen Defraudation dieser übrigen indirecten Steuern sehr zerstreut. Indessen hat sie gewisse durchgreifende Grundzüge, sowohl hinsichtlich der Pönalsanctionen an und für sich, als hinsichtlich des Strafverfahrens. Als Strafe pflegt Geldbuße, Confiscation und Verlust des Gewerbes zu erscheinen [30]). Die Untersuchung und Aburtheilung pflegt dem Polizeistrafrichter zuzustehen, der sich in den Formen des Polizeistrafprozesses zu bewegen hat [31]). Die Rechtsmittel pflegen die des bürgerlichen Prozeßrechtes zu sein. Zuweilen ist auch die Procedur ein summarisches Civilverfahren ohne genaue Form [32]). Vergl. noch Rechtslexikon Band 2, S. 929—938, d. Art. Confiscation, S. 933, 935, 936. Abegg, Lehrbuch des gemeinen Criminalprozesses mit besonderer Berücksichtigung des preußischen Rechtes (Königsberg 1833), §. 5, 58. Bopp.

**Deich- und Sielrecht** [1]). Ein Deich ist der allgemeinen Wort-

---

29) S. z. B. über das Großherzogthum Hessen v. Hoffmann, Beiträge zur näheren Kenntniß der Gesetzgebung und Verwaltung des Großherzogthums Hessen (Gießen 1832), S. 84—107.

30) So wird z. B. in Preußen auf die Geldstrafe des Vierfachen (Klein, Grundsätze des gemeinen teutschen und preußischen peinlichen Rechtes, Halle 1796, §. 521, S. 385. Fürstenthal, Institutionen des allgem. preuß. Civil- und Criminalrechtes, Berlin 1827, §. 1056, S. 597) erkannt; im Großherzogthum Hessen das Einbringen von Salz aus dem Auslande mit Confiscation desselben und der Transportmittel, und außerdem mit einer Geldbuße von 20 Kr. für jedes Pfund, die Defraudation der Hundesteuer mit dem Dreifachen, die Defraudation durch Nichtbeziehung des Jagdwasserpasses mit 15 Gulden bestraft. Siehe Bopp, der hessische Rechtsfreund (Darmstadt 1837), S. 336, 343, 609. Kann die Geldstrafe nicht in Vollzug kommen, so wird sie in Freiheitsstrafe verwandelt. Mohl, System der Präventivjustiz oder Rechtspolizei (Tübingen 1834), schlägt S. 480, Note, vor, den Schleichhändler für unwürdig zu erklären, in die Bürgergarde einzutreten, und ihn mit einer entsprechenden Geldabgabe zum Besten der Bürgergarde zu belegen.

31) In Bezug auf Gesetzgebungspolitik vergleiche Rede des Abgeordneten Rudhart über den Gesetzesentwurf zu einer Zollordnung, gehalten in der Kammer der Abgeordneten der bayerschen Ständeversammlung in München am 5. Juni 1828. (Nürnb.) S. 39—43.

32) Dieses Verfahren herrschte z. B. früher in Bayern, s. Rudhart a. a. O. S. 39, 40; über Württemberg s. Knapp, das württembergische Criminalrecht, Abh. 2 (Stuttgart 1829), S. 417 flg.; über Kurhessen: Schwenken, Darstellung der Gerichtsbarkeit und des Verfahrens der kurhessischen Polizeicommissionen als Polizeistrafgerichte (Schmalkalden 1828), S. 29, 43; über Preußen: Kuhn, das Verfahren bei polizeilich-gerichtlichen Untersuchungen in den preußischen Staaten (Leipzig 1839), bes. S. 9, 40; über Baden s. Rechtslexikon Band 1, den Art. Bayern, S. 572; über Bayern ebendas. Bd. 1, den Art. Bayern.

1) Literatur. Unter den Lehrbüchern des teutschen Privatrechtes ist hier besonders hervorzuheben: Runde, §. 111—123; demnächst Mittermaier (5. Aufl.), §. 224—229; kürzer bei Eichhorn, §. 271; Maurenbrecher, §. 195, 260, 261, und Phillips, Bd. 1, S. 560 flg., 623. Besondere

bedeutung nach ein aufgegrabener Wall oder Damm[2]); man versteht jetzt aber darunter Erdwälle, welche das dahinterliegende Land gegen das Andringen des Wassers schützen sollen[3]); die ältere allgemeinere Wortbedeutung ist verloren gegangen. Deiche und Dämme kommen darin mit einander überein, daß sie beide in ähnlicher Beschaffenheit dazu bestimmt sind, das Wasser zu beschränken; Dämme werden aber theils ins Wasser selbst hineingebaut, theils wie die eigentlichen Deiche auf das Land gelegt; die Dämme, wenn Letzteres der Fall, dienen mehr dazu, um trocken darauf fahren oder gehen zu können[4]), die Deiche aber, um das Land gegen Ueberschwemmung und Zerstörung durch Wasserfluthen zu schützen. — Die Deiche werden gegen das Meer, Ströme und Flüsse angelegt, zuweilen aber sind sie auch bestimmt die niedrig gelegenen Länder, wie die Marschen, gegen das Eindringen des Wassers von den höheren Gegenden zu schützen; die ersteren werden äußere, die letzteren Hinter- oder Achterdeiche genannt. Unter inneren oder Binnendeichen versteht man die, welche hinter einem Hauptdeiche an besonders gefährlichen Stellen errichtet sind, um an die Stelle der äußeren Deiche zu treten, wenn diese von dem Wasser überwältigt sind. Kay-, Chur- und Nothdeiche nennt man die, welche nur einstweilen bis zur Vollendung eines dahinter aus-

---

Schriften über das Deichrecht: Jodoc. Hackmann, de iure aggerum. Stadae 1690, 4.; ein Hauptwerk. S. D. Petiscus (Petit), elementa iuris aggeralis theoretico-practica. Halle 1767, 8.; darüber Dreyer's Misc. S. 18 u. 31. J. W. A. Hunrich, Entwurf des jetzigen Deichrechtes in den Herzogth. Oldenburg und Delmenhorst. Bremen 1768, 8. Heinecken, tentamina iuris aggeralis Bremensis. Götting. 1774. Wolter, allgem. Grundsätze zum ordnungsmäßigen Verfahren in Deich- und Abwässerungssachen der teutschen Marschprovinzen, mit Zusätzen von K. Woltmann, und Erläuterungen von G. F. Koch. Glückst. 1795, 4. Mellmann, Einleitung in das gemeine schleswig-holst. Damm-, Deich- und Sühlrecht. Altona 1795, 8. E. A. Dammert, das Deich- und Strombaurecht nach allgem. und hannoverschem Landesrechte u. s. w. 2 Theile. Hannover 1816, 8. — Eine Zahl kleinerer Schriften über einzelne Gegenstände des D.-R. sind bei Dreyer, Misc. S. 31, angegeben; derartige Erörterungen finden sich besonders auch in Puffendorf, obs. vol. I. obs. 193. vol. II. 103. 104. 193. vol. III. obs. 134. vol. IV. 101. 216. v. Bülow und Hagemann, Erört. Bd. I, Nr. 3, II. Nr. 1, III. Nr. 1, V. Nr. 51. v. Ende, jurist. Abhandlungen (Zelle 1802, 4.), Nr. 4.

2) Dikan ist im Angelsächsischen: graben; im Englischen to deg. S. darüber Gitterman, in Ersch und Gruber Encyclopädie Bd. 23, S. 337. Dreyer, Miscellen S. 5.

3) Es wird ihnen jetzt allgemein eine prismatische Form gegeben, weil sie in dieser dem Andrange des Wassers am besten widerstehen. Das Kunstmäßige des Deichbaues, dessen Kenntniß auch zur Beurtheilung der Rechtsstreitigkeiten wichtig werden kann, lehren: A. Brahm, Anfangsgründe der Deich- u. Wasserbaukunst (Aurich 1754 u. 47, 2 Bde. 4.), J. W. A. Heurich, prakt. Anweisung zum Deich-, Siel- und Schlangenbau (Bremen 1771, 1772, 2 Theile, 8.), Derselbe, Zusätze zu obigem Werke, nebst Wörterbuch (Bremen 1782, 8.), K. Woltmann, Beiträge zur hydraul. Architektur (Göttingen 1791—1799, 4 Bde. 8.), J. H. Büsch, Uebersicht des gesammten Wasserbaues (2 Bde. 2. Ausg., umgearb. von Wiebeking, Hamb. 1804, 8.), H. N. Börm, Abriß der Deichkunde. Altona 1812, 8.

4) S. Dammert, Deich- und Strombaurecht, S. 14.

zuführenden Hauptdeiches oder Schleußenbaues, das Eindringen des Waſſers verhindern ſollen. Sommerdeiche ſind nur beſtimmt, das Land gegen den gewöhnlichen Ueberlauf der Ströme und Flüſſe im Sommer zu ſchützen; Winterdeiche oder Hauptdeiche ſollen auch gegen die höchſten Fluthen in den übrigen Jahreszeiten Widerſtand leiſten. Die Ländereien und Grundſtücke, welche durch die Deiche geſchützt ſind, nennt man Binnendeichsland oder Binnenland, diejenigen aber, welche zwiſchen dem Deiche und dem Waſſer liegen, Außendeichsland, Butenland, Vorland. Solches Vorland entſteht beſonders dadurch, daß bei der Anlage der Deiche, die in möglichſt gerader Linie geſchehen muß, nicht alle Ländereien mit eingeſchloſſen werden konnten, auch wohl die Eigenthümer ſelbſt zuweilen es vorziehen, einen Theil ihres Landes unbedeicht zu laſſen, um es als Marſchwieſen und Weiden zu benutzen. Auch fordert es zuweilen die Sicherheit, wenn der Deich in ſeiner Lage nicht mehr im Stande iſt dem Waſſer zu widerſtehen, ihn weiter landeinwärts anzulegen (einzulegen), wodurch die ſogen. ausgedeichten Ländereien entſtehen. Das Vorland iſt für den Deich von großer Wichtigkeit, da es beſonders das Material zum Deichbau liefern muß und deßhalb auch wohl mit Weidenbuſch oder anderen zum Deich- und Strombau tauglichen Holzarten bepflanzt wird (Buſchwerder), dann aber auch, weil es ſelbſt zum Schutze des Deiches dient, da es bewirkt, daß das Waſſer zur Zeit der hohen Fluth nicht ſo hoch und tief vor dem Deiche ſteht, als es ſonſt der Fall ſein würde, und alle nachtheiligen Wirkungen des Stromes auf den Deich vermindert [5]). Deiche, die kein Vorland mehr haben, und an deren Fuß der Strom dicht herfließt, oder die auf böſen Wind liegen [6]), nennt man Schaar- oder Gefahrdeiche [7]).

In genauer Verbindung mit dem eigentlichen Deichbau oder der Herſtellung und Erhaltung des eigentlichen Deichkörpers oder Erdwalles ſteht der Strom- und Uferbau [8]). Wenn auch die Stromwerke, worunter man mannigfache Vorrichtungen von Erde, Buſch, Pfählen, Steinen, Soden und überhaupt Faſchinenwerk verſteht, nicht unmittelbar zum Schutze des Deiches ſelbſt, alſo der dahinter gelegenen Grundſtücke angelegt ſind, ſondern ihr nächſter Zweck iſt, das Vorland oder die Inſel und beſonders die eigentlichen Buſchwerder zu ſchützen, oder wenn ſie vorzüglich dazu beſtimmt ſind, um die Strombahn zu erhalten und zu verbeſſern, ſo die-

---

5) Dammert a. a. O. S. 12.

6) Dammert a. a. O. S. 16.

7) Die hier angeführten Benennungen und die ſonſt bei dem Deichrecht vorkommenden Ausdrücke ſind erklärt in: Benzler, die beim Deich- und Waſſerbau, auch Deich- und Dammrecht vorkommenden fremden und einheim. Wörter. 2 Bde. Leipzig 1792, 8.

8) Hackmann, c. 14. §. 13—18. p. 429. Puffendorf, obs. T. III. ob. 134. Hunrich, Art. 38—40. Wolter, §. 17, 19, 20, 36, 49. Dammert a. a. O. S. 17, 19, und and. Stellen, ſ. Regiſter: Strombahn, Stromband, Stromwerke. Runde, §. 119a. Werke über den Uferbau: Wiebeking, Waſſerbaukunſt, Bd. 3; Taten, Reiſe in die Marſchländer an der Nordſee, Leipzig 1788, 8.; Eitelwein, prakt. Anweiſung zum Bau der Faſchinenwerke. Berlin 1818, 8.

nen sie doch auch zugleich mit zur Sicherung des Deiches, nicht nur durch die diesem zu Gute kommende Erhaltung des Vorlandes, insofern sie verhindern, daß der Strom, dessen Lauf sie reguliren, nicht eine dem Vorlande und den Deichen selbst schädliche Richtung nimmt [9]). Von den Sielen, die ebenfalls mit dem Deichbau in Verbindung stehen, soll am Schlusse des Artikels die Rede sein.

Den Römern war der Deichbau nicht unbekannt [10]). Drusus ließ längs des großen Rheinarmes einen Deich anlegen [11]). Ob die Nordteutschen vielleicht von den Römern den Deichbau gelernt haben, oder ob der Deichbau erst später begonnen, und das Bedürfniß und Streben sich einen größeren und gesicherteren Landbesitz zu verschaffen, die meeranwohnenden Teutschen von selbst darauf geführt hat, wird wohl unentschieden bleiben müssen. Man legte, wo das Land nicht gehörig bedeicht war, die Wohnung auf von Erde aufgeworfenen Hügeln und Wallen (Wurthen) an, wie es noch da der Fall ist, wo bloße Sommerdeiche vorkommen. Durch Deiche der letzteren Art suchte man zuerst die Ernten zu sichern [12]), und dieses mochte wohl von Einzelnen und willkürlich geschehen sein; aber erst als alle Bewohner einer Gegend, die von einer Gefahr bedroht waren, auch hierbei erkannten, daß derselben nur durch vereinigte Kräfte erfolgreich begegnet werden könnte, wurden die einzelnen Deiche zu einer zusammenhängenden Deichlinie verbunden, und es war nun möglich, den Deichen eine größere Höhe und Stärke zu geben und dieselbe durch Stromwerke, soweit es der Zustand der Wasserbaukunst zuließ, zu sichern. Die Entstehung solcher zusammenhängenden Deichlinien wird von den Schriftstellern ins 12. Jahrhundert gesetzt [13]), doch läßt sich, wiewohl schon der Sachsenspiegel das Vorhandensein solcher Werke außer Zweifel zu setzen scheint, sich darüber wenig in geschichtlich zuverlässiger Weise angeben. — Die Anlage der Deiche hat daher in den den Ueberschwemmungen ausgesetzten Gegenden Einigungen veranlaßt, wie dergleichen das Mittelalter so viele und so mannigfache zu gegenseitigem Beistand, zum Widerstand gegen eine gemeinsame Gefahr ins Leben gerufen hat. Es wurde eine solche Einigung Deichband, Deichacht genannt. Der Zweck derselben war die Er-

---

9) Dammert a. a. O. S. 18.

10) Cic. offic. II.: Moles oppositus fluminibus. Virgil. Aen. II. 496. 497. S. über fernere Nachrichten und Spuren des Deichbaues im Alterthume, namentlich in Aegypten: Hackmann, de iure aggerum c. 3. p. 37. Gittermann, in Ersch und Gruber Encyclop. a. a. O.

11) Tacit. Ann. XIII. 53. Hist. v. 19.

12) Daß die Anlage von bloßen Sommerdeichen noch unter Umständen den Vorzug verdienen kann, hat darzuthun gesucht Dammert a. a. O. Th. 1, S. 25—32.

13) S. Halem, Gesch. von Oldenburg, Bd. 1, S. 41 u. 188. Freese, Ostfries- und Harlinjerland (Aurich 1790), S. 248. Hackmann, de iure aggerum cap. II. §. 73 sq. p. 55, und andere mehr oder minder hierher gehörige Citate bei Mittermaier, Pr.-Recht, §. 224, Note 2. Dammert bemerkt a. a. O. Th. 1, S. 20, daß die Nachrichten über die Deiche im Hannöverschen an der Elbe und Weser nicht über das 15. Jahrh. hinaufgehen, daß aber damals immer mehr von Wiederherstellung u. s. w. als von Anlegung neuer Deiche die Rede ist.

haltung eines, die Besitzungen der zu diesem Zwecke vereinigten Grundeigenthümer schützenden, Deiches durch vereinte Kräfte oder, später besonders, wohl auch auf gemeinschaftliche Kosten. Sie hatten ihre Vorstände, welche den Deichbau leiteten oder darüber die Aufsicht führten, und denen eine darauf sich beziehende Gerichtsbarkeit zustand, welche nach altgermanischer Weise, indem Genossen das Urtheil fanden, geübt wurde. Man kann dieses einen genossenschaftlichen oder autonomischen Deichband nennen. Indeß scheint schon früh durch die Dringlichkeit der Gefahr die Rechtsansicht sich gebildet zu haben, daß, wo eine solche genossenschaftliche Verbindung, durch deren Verfassung die Art und der Umfang der Deichpflicht bestimmt war, auch nicht bestand, dennoch alle Bewohner eines durch einen Deich geschützten Districtes zur Erhaltung des Deiches mitzuwirken oder beizutragen gehalten seien [14]). Schon der Sachsenspiegel erwähnt dieser Verpflichtung: Svelke dorp bi watern lieget unde einen dam hebbet, die sie vor der vloet bewart, jewelk dorp sol sinen deil des dames vestenen vor der vlut. Kumt aver die vlut unde briet sie den dam unde ladet man mit dem gerüchte dar to, die binnen deme dame geseten sinn, svelk ir nicht ne hilpt büten den dam, die hevet verworcht so gedan erve als he binnen deme dame hevet [15]). Es liegt hierbei in der Natur der Sache, da die gemeinschaftliche Gefahr der Grund der Verpflichtung war, daß nur die zur Mitwirkung verpflichtet waren, welche den Vortheil des Deiches genossen, deren Grundstück dadurch geschützt war, und daß die Größe des Grundstückes (und was wenigstens ebenso hätte in Betracht kommen sollen, die Beschaffenheit desselben) den verhältnißmäßigen Umfang der Deichpflicht bestimmten. Bei einem genossenschaftlichen Deichband konnte in dieser Beziehung über Manches durch vertragsmäßige Bestimmung, durch Herkommen auch anders bestimmt sein. Insofern nun die Grundeigenthümer eines durch einen Deich geschützten Landstriches vermöge jenes allgemeinen Rechtsgrundsatzes zur Erhaltung des Deiches verpflichtet waren, bildeten sie, ohne in einer genossenschaftlichen Einigung zu stehen, ein Ganzes, und man hat auch darauf den Namen Deichband übertragen, und einen solchen Deichband wohl einen natürlichen genannt, während man ihn richtiger einen gemeinbürgerlichen, im Gegensatze zu den genossenschaftlichen oder autonomischen Deichbänden, hätte nennen können. Jetzt ist aber die Unterscheidung von geringerer Bedeutung, da bei der Erweiterung der Oberaufsicht des Staates, der Beschränkung der Wirksamkeit und Selbstständigkeit aller Einigungen, die einen die öffentliche Sicherheit und Wohlfahrt unmittelbarer berührenden Zweck verfolgen, die ehemals genossenschaftlichen Deichbände, wenn sich auch mehr oder minder noch Reste ihrer früheren Bedeutung und Verfassung erhalten haben [16]), doch gleichsam zu Staatsanstalten geworden sind, indem alle

---

14) Phillip's teut. Pr.-Recht, Bd. 1, S. 328, 561.

15) Sächs. Landrecht II. 56. Schwäb. Landrecht Art. 215 (Ausg. von v. Laßberg, von der Lahr Art. 408).

16) Auf ein solches Verhältniß deutet die Beschreibung, welche die bremische Deichordnung vom J. 1743, Cap. 13, §. 4, von einem Deichband gibt: Eine

Deich- und Strombauten einer besonderen Aufsicht des Staates unterworfen worden sind. Ein Deichband ist, da man dieses Wort beibehalten hat, in Bezug auf die gegenwärtigen Verhältnisse nicht sowohl eine Einigung zur Erhaltung eines gemeinschaftlichen Deiches, sondern ein Inbegriff oder eine Gesammtheit der zur Erhaltung einer bestimmten Deichstrecke, nebst den davor angelegten Stromwerken, deren Schutz sie für ihre Grundstücke genießen, verpflichteten Grundeigenthümer. Es ist unpassend eine solche Gesammtheit ein natürliches Deichband nennen zu wollen, wenn der natürliche Grundsatz, daß, wer den Schutz des Deiches genießt, verhältnißmäßig zu dessen Erhaltung beitragen muß, die Deichpflichtigkeit und deren Umfang bestimmt, wo dieselbe aber auf besonderen Quellen (Gesetz, Vertrag, Herkommen u. s. w.), deren Inhalt allerdings dem natürlichen Grundsatze mehr oder minder entsprechen kann, beruht, einen bürgerlichen Deichband annehmen zu wollen[17]; — denn überall hat wohl bei der Vertheilung der Deichlast jener natürliche Grundsatz geleitet, und man hat ihn so viel als möglich zur Anwendung zu bringen gesucht, während eine vollkommene Lösung dieser Aufgabe auch jetzt noch wohl in den wenigsten Deichgesetzen — die nicht leicht fehlen werden, wo Deiche vorhanden sind — gelungen sein möchte, und da ferner die Natur der Sache entscheiden muß, wo die anderen Rechtsquellen nicht ausreichen, so ließe sich gewissermaßen behaupten, daß ein jeder Deichband, ein bürgerlicher und natürlicher, in obigem Sinne, zugleich sei.

Die nächsten Quellen für die Beurtheilung der bei dem Deichwesen vorkommenden Rechtsverhältnisse bilden die Deich- und Stromordnungen, in früherer Zeit auch zuweilen Spatelandsrechte genannt, welcher Name sich aus der Sitte erklärt, einen Spaten in den Deich zu stecken, um dadurch das Verfallensein des zu dem Deiche gehörigen Landes, wegen versäumter Deichpflicht, anzuzeigen, wovon noch unten die Rede sein wird. Sie hatten ursprünglich mehr den Charakter autonomischer Anordnungen, und haben im Laufe der Zeit mehr den von Verordnungen, welche von dem Landesherrn vermöge der ihm zustehenden gesetzgebenden Gewalt und der besonderen Oberaufsicht über das Deichwesen erlassen sind, angenommen. Die älteren enthalten meist nur Bestimmungen über die Deichgerichtsbarkeit und Satzungen über die Bestrafung von Freveln, welche an den Deichrichtern, Arbeitern oder sonst auf und an dem Deiche begangen werden u. s. w. Erst nach und nach kommen mehrere auf den Deichbau und die sich darauf beziehenden Verpflichtungen hinein. Doch auch die noch geltenden Deichordnungen sind meist kurz und unvollständig. Die vollständigste Nachweisung über ältere und neuere

---

Deichacht oder Deichband besteht hauptsächlich darin, daß er seine absonderlichen und eigenen Deichrichter und Geschworenen item Deichschauungen und Schauungsgerechtigkeiten in Haltung des Deichgerichtes und Bestrafung der Bruchfälligen, ohne dependence oder concurrence des nächsten dabei belegenen Deichbandes, von alten Zeiten her beständig gehabt und dadurch von den benachbarten, darangrenzenden Deichbänden ganz abgesondert bleibt, obschon ein Deichgräfe über mehr denn ein Deichband die Schauungen verrichtet.

17) Sowie Dammert a. a. O. Th. 1, S. 51 flg.

Digitized by Google

Deichrechte findet man in Dreyer's Versuch einer Anleitung zur Kenntniß der Deichgesetze, in seinen Miscellaneen, S. 1—37. Die ältesten bisher bekannt gewordenen sind einige friesische Deich- und Sielordnungen aus dem 14. Jahrhundert. Als das wichtigste Deichrecht wird die veränderte und verbesserte, im J. 1743, am 29. Juli publicirte und zu Stade gedruckte Deichordnung für das Herzogthum Bremen allgemein bezeichnet[18]). Sie findet sich auch in dem Anhange der bremischen Verordnung von 1749, S. 199—247, und Dreyer sagt von ihr, daß sie eine wahre Encyclopädie des Deichrechtes sei und auf den Ruhm der vollständigsten Deichordnung den gegründetsten Anspruch mache[19]). Demnächst wird besonders ausgezeichnet das ostfriesische Deich- und Siehlenrecht von 1670[20]), gedruckt Embden 1663, 4.; dann auch in (Brenneisen) ostfriesische Historie und Landesverfassung, Bd. 2, S. 235; besser aber in Wicht, ostfriesisches Landrecht, S. 872. Das neueste, welches mir bekannt geworden, ist die allgemeine Strom-Deich-Uferordnung für Ostpreußen und Lithauen vom 14. April 1806[21]). — Eine Auswahl von Deichordnungen (sie gehören dem 16. und besonders dem 17. Jahrh. an) hat Hackmann als Anhang seinem ius aggerum beigegeben[22]). Einige finden sich auch in dem Appendix zum Bd. 4 von Puffendorfs Observationes. Eine Sammlung von Deichrechten, wie man z. B. ähnliche für das Wechselrecht, Bergrecht u. s. w. hat, fehlt noch, wiewohl schon Dreyer[23]) bemerkt hat, daß dergleichen gerade hier einem praktischen Bedürfniß entgegenkommen würden, weil die einzelnen Deichrechte unvollständig sind, und auch die, welche dieses am wenigsten trifft, als subsidiäre Entscheidungsquellen (sofern sich nämlich nicht neben dem besonderen geschriebenen Rechte eine feststehende Gewohnheit gebildet hat) auf die Deichrechte der benachbarten Territorien verweisen[24]).

Die Eigenthümlichkeiten des Deichrechtes gehen besonders aus dem hier bestimmenden Gesichtspunkte hervor, daß auf Deichen und Dämmen die Sicherheit, das Leben und das Eigenthum in den den Ueberschwemmungen ausgesetzten Marschländern beruht, und die traurigen Fol-

18) Vergl. auch Dammert a. a. O. S. 42 flg., wo namentlich die im Hannöverschen geltenden Deichordnungen nachgewiesen sind. Mannigfache Notizen bei Mittermaier, Pr.-Recht, §. 224, Note 8.

19) Dreyer, Miscell., S. 13, woselbst auch eine genauere Inhaltsübersicht derselben.

20) Dreyer a. a. O. S. 4 u. 25.

21) Andere Deichordnungen s. auch noch bei Mittermaier, §. 224, Note 8.

22) Mantissa ad tractatum iurid. de iure aggerum continens selectas quasdum constitutiones aggerales, p. 1—36.

23) Dreyer a. a. O. S. 5.

24) So in der lübeck- und hamburgischen 1772 revidirten Deichordnung für die Vierlande, Art. 22: In den in dieser Ordnung nicht beschriebenen Fällen soll nach den benachbarten Deichrechten geurtheilt werden. — Auch die bremische Deichordnung von 1743, Cap. 18, verweist auf die in den benachbarten Marschländern vorhandenen und üblichen Spatelandsrechte und Gewohnheiten und befiehlt, daß solchen, so weit sie pro varietate locorum applicabel, mit Zurücksetzung des röm. Rechtes nachgegangen werden soll.

Digitized by Google

gen eines unglücklichen Hauptbruches sich über das ganze Land erstrecken, so daß es keines großen Nachsinnens bedarf, um einzusehen, daß, wenn der durchbrochene Deich nicht so schleunig, als es die Noth erfordert, wieder hergestellt wird, das mit jeder Fluth in das Land dringende Salzwasser und die mitgeführten Sand- und Moorstücke Aecker und Wiesen verderben, den Landmann an der Bearbeitung und Benutzung seiner Felder behindern, dem Vieh die nöthige Grasung entziehen, und daß solchergestalt die ganze Landwirthschaft darniederliegt und die unentbehrlichsten Lebensmittel zur großen Beschwerde des gemeinen Wesens im Preise steigen [25]). Die Deiche, deren Errichtung und Beschützung, waren immer ein besonderer Gegenstand der Aufmerksamkeit der betheiligten Gemeinde oder der Landesobrigkeit, da aber das ganze durch den Deich geschützte Land in Gefahr kommt, wenn ein Theil desselben nicht im gehörigen Stande erhalten wird, so hat sich daraus eine besondere unnachsichtige Forderung in Erfüllung der Deichpflicht entwickelt, und da hier leicht Gefahr und Vergrößerung des Nachtheiles aus dem Verzug entsteht, so wird ein strenges und schleuniges Verfahren zur Nothwendigkeit.

Zum Bau und zur Erhaltung der Deiche müssen daher alle Deichlandsgenossen beitragen, doch können auch Andere, vermöge besonderer rechtlicher Bestimmungen, in gewissen Fällen mit herbeigezogen werden. — Man unterscheidet die ordentliche und die außerordentliche Deichlast, deren Verschiedenheit etwas genauer, als es in den Lehrbüchern wohl geschieht, dahin zu bestimmen sein möchte, daß 1) die erstere nur von den Deichgenossen geleistet zu werden braucht, während zu der anderen in besonderen Fällen auch wohl andere Person, wie die Genossen angrenzenden Deichländer, oder auch andere Bewohner der benachbarten Gegenden, herbeigezogen werden können; ferner umfaßt die ordentliche Deichlast 2) nur diejenigen Leistungen der Deichgenossen, welche vermöge der Deichordnung regelmäßig wiederkehren, und nicht etwa erst besondere Ereignisse und Beschlüsse voraussetzen. Es bezieht sich die ordentliche Deichlast daher auf die Erhaltung des Deiches in schaufreiem oder bestickmäßigem (d. i. untadeligem, der Deichordnung und den Regeln der Deichwissenschaft entsprechendem) Zustande, wohin besonders die Besandung, Reinigung von Unkraut, Planirung der Maulwurfshaufen, Zuwerfen der Wegengleise, Ablassung des Wassers, Anschaffung und Vorbringung der Schölmaterialien bei hohem Wasser und Eisgang, sowie ferner die ordinären Deichwachen und andere dergleichen geringere Leistungen gehören [26]), während alle die, welche nicht regelmäßig wiederkehren oder die Kräfte des Einzelnen übersteigen, zu den außerordentlichen Leistungen gerechnet werden. Es ist die Grenze zwischen der ordentlichen oder außerordentlichen Deichlast daher in manchen Deichordnungen nach einem Geldmaximum, der auf jeden bestimmten Landestheil, z. B. jeden Morgen, zu überneh-

---

25) So Dreyer a. a. O. S. 2.

26) Dammert a. a. O. S. 33. Wolter, §. 38, Zusätze, S. 3 flg. Hunrich, Art. 18. Runde, §. 117. Hagemann, Landwirthschaftsrecht, §. 310. Mittermaier, §. 226.

menden Kosten bestimmt[27]). Es gehören dahin also alle größeren durch vereinte Kräfte des ganzen Deichbandes zu fördernden Unternehmungen, wie namentlich die Herstellung der Grundbrüche, Anstärkung an der Binnen- und Außenseite, beträchtliche Erhöhung der Deiche, Anlegung von Chur- und Nothdeichen, und alle zur Sicherung der Deiche mehr oder minder gereichenden Stromwerke[28]).

Der Hauptgrundsatz des Deichrechtes wird in der Paroimie ausgedrückt: Kein Land ohne Deich, und kein Deich ohne Land[29]). Das Erste heißt, daß alle von einem Hauptdeiche befaßten Grundstücke, welche ohne denselben der Ueberschwemmung ausgesetzt sein würden, deichpflichtig sind[30]), das Andere, daß die Deichpflicht von dem Grundstücke worauf sie haftet unzertrennlich ist, und als eine Reallast auf jeden Besitzer übergeht. — Die Deichpflicht ruht aber nicht auf solchem Lande, welchem der Schutz des Deiches nicht zu Gute kommt, d. i. auf Ländereien, die nicht zur Cultur gebracht oder so hoch gelegen sind, daß sie schon dadurch vor Ueberschwemmungen geschützt sind, also namentlich nicht auf Moor- und Geestland[31]). Daher können auch, wenn der Lauf des Stromes eine andere Richtung nimmt, oder mit den Meeresufern eine Veränderung vorgeht, Marschländer von der Deichlast, die bisher darauf haftete, befreit werden[32]). Auch ausgedeichte Länder sind ihr natürlich nicht mehr unterworfen. Exemptionen von der Deichlast gibt es nicht, so daß sowohl die Ländereien der Kirche, Besitzungen von Adeligen, sowie auch die landesherrlichen Domänen ihr unterworfen bleiben[33]), und selbst auf unvordenkliche Verjährung kann keine Befreiung von der Deichlast begründet werden[34]). Auch durch Verträge kann keine Veränderung in der Deichlast hervorgebracht werden, und wenn dadurch auch Rechtsver-

---

27) Nach der bremischen D.-O. Cap. 13, §. 4, ist jede Deichreparatur, welche die gemeine Hand- und Karrenarbeit ungerechnet, so viel kostet, daß auf einen Morgen Binnenland über 4 Rthlr. ausgegeben werden müssen, zu den außerordentlichen Deichlasten zu rechnen, dermaßen, daß die Inhaber der Deiche die ersten 4 Rthl. auf jeden Morgen allein übernehmen müssen, die sich höher belaufenden Kosten aber von den sämmtlichen Kirchspiels- oder Deichbandangesessenen pro rata gestanden werden müssen. Im schleswig-holsteinischen Deichreglement, §. 17—23, ist die Prägravationssumme auf 1 Mark für jede 100 Quadratruthen deichpflichtigen Landes festgesetzt.

28) Puffendorf, obs. I. 193. II. 104. III. 134. Hunrich, S. 28, 190. Wolters, §. 38, 44. Hagemann, Landwirthschaftsrecht, §. 310. Runde, §. 118. Mittermaier, §. 227.

29) Kommt wenigstens schon in einem Urtheil von 1568 vor, bei Puffendorf, obs. IV. app. p. 63.

30) Hackmann l. c. cap. 10. §. 19, das. Stellen aus Deichordnungen, die diesen Grundsatz aussprechen. Brem. Deichordn. Cap. 4, §. 1 u. 2.

31) Hackmann l. c. cap. 10. §. 24—30. Brem. Deichordn. Cap. 4. §. 12.

32) Runde, Privatrecht, §. 115, Note 1.

33) Hackmann, cap. 10. §. 33—97. §. 213—223. Mevius, dec. P. VI. D. 260. n. 7. P. VIII. dec. 454. Brem. Deichord. Cap. 4, §. 2. Runde a. a. O. Note g.

34) Hackmann, c. 10. §. 189—210. Heincken, tentamina §. 27. Brem. D.-O. Cap. 4, §. 3.

hältnisse unter den Contrahenten begründet werden, so bleibt die Verpflichtung gegen das Deichland doch unberührt [35]). Es kann daher auch nicht die auf einem Grundstück haftende Deichlast auf ein anderes, um jenes davon zu befreien, übernommen werden. Es haftet daher auf jedem Grundstück und bleibt mit demselben ein verhältnißmäßiger Theil der Deichpflicht verbunden, dessen Erfüllung von Jedem, der das Grundstück in einem nießbräuchlichen Besitz hat, und selbst von dem Zeitpächter gefordert werden kann [36]). Wie weit dieser dann aber wieder seinen Regreß an den Eigenthümer oder Verpächter nehmen kann, muß nach den abgeschlossenen Verträgen, den Deichordnungen oder dem gemeinen Rechte bestimmt werden. Mehrere Deichordnungen schreiben vor, daß der Pächter den Deich ex propriis in schaufreiem Zustande erhalten muß, daß er aber nicht selbst die außerordentliche Unterhaltung von Deich- und Strombauwerken, wenn das Deichband sie auch zunächst von ihm fordert, zu tragen hat [37]). — Die Natur der Deichpflicht, als eine unzertrennliche Reallast, zeigt sich auch besonders darin, daß wer nicht die auf seinem Grundstück haftende Deichlast prästiren will oder kann, desselben verlustig wird: **Wer nicht will deichen, muß weichen.** Es hatte sich dabei in früherer Zeit die Sitte gebildet, daß ein Spaten in den Deich gesteckt wurde, um dessen Dereliction anzuzeigen. Es konnte dieses von dem Eigenthümer selbst geschehen, um dadurch zu erkennen zu geben, daß er außer Stande sei, den Deich zu unterhalten, oder es erfolgte besonders als eine Form der Execution gegen den in Erfüllung seiner Deichpflicht Säumigen [38]). Der Spaten galt dann als Zeichen, daß man sich des Deiches annehmen wollte; und es konnte dadurch, besonders nach älteren Deichrechten, wer es that, sich zum Herrn des Grundstückes, zu welchem der Deichantheil gehörte, machen. Dieses ist das sogen. Spatenrecht, wovon auch das Deichrecht überhaupt den Namen Spaten- oder Spatenlandsrecht erhalten hat. Es fanden bei Ausübung dieses Spatenrechtes gewisse solenne Gebräuche statt, wie dergleichen auch sonst bei dem teutschen gerichtlichen Verfahren üblich waren [39]). In einigen Gegenden ist dieses Spatenrecht ganz abgeschafft, z. B. in Oldenburg [40]). Manche Deichordnungen enthalten aber auch die ausdrücklichen Bestimmungen, daß es dem Deichpflichtigen nicht freistehe, seine deichpflichtigen Ländereien zu derelinquiren, so lange er noch Vermögen besitzt, um den Deich zu unterhalten, und daß er dieselben nicht einmal ohne Einwilligung des Deichbandes verkaufen dürfe, damit sie nicht auf einen Besitzer übergehen, der au-

35) Cancrin, Wasserrecht, Bd. 1, S. 129. Mittermaier, §. 226.

36) Hackmann, c. 10. §. 98—177. Heinken, §. 26. Hagemann, Landwirthschaftsrecht, S. 308 flg.

37) Stellen bei Hackmann, c. 10. §. 136—145. Brem. D.-O. Cap. 4, §. 4, 6—8, 10. Dammert a. a. O. Th. 2, S. 47.

38) Hackmann, c. 15. §. 18—45. Dreyer, Miscell., S. 11 flg. Puffendorf, obs. T. IV. obs. 161. §. 1—5. Hagemann und Bülow, Erörter. Bd. 2, S. 3, 19, 21. Mittermaier, t. Pr.-Recht, §. 228. Duncker, Reallasten, S. 183.

39) Hackmann, c. 15. §. 43. p. 458.

40) Hunrich, oldenb. D.-R. S. 7. Runde, §. 117, Note c.

ßer Stand ist die Deichpflicht zu erfüllen[41]). Es wird dieses von vielen sogar als ein allgemeiner Grundsatz des Deichrechtes aufgestellt[42]), wogegen aber Dunker wohl nicht mit Unrecht einwendet, daß wo solche Bestimmungen sich nicht finden, es wie bei jeder Reallast dem Besitzer gestattet sein muß, durch Dereliction des belasteten Grundstückes sich zu befreien, da er ja nur als Besitzer des deichpflichtigen Grundstückes und durch dieses dem Deichbande angehört[43]). — Wenn zwischen zwei Grundbesitzern streitig ist, wem von beiden die Erhaltung eines Deichstückes obliegt — wenn so ein Kief- oder Wrackdeich, wie es heißt, entsteht — so müssen entweder beide, oder der, gegen welchen die größte Vermuthung streitet, provisorisch die Unterhaltung übernehmen; wenn aber bei der Untersuchung keiner der Nachbarn zu Uebernahme der Deichpflicht schuldig befunden wird, so fällt die Unterhaltung des herrenlosen Deiches dem ganzen Deichbande zu[44]); ein Gleiches gilt auch von den derelinquirten Deichen, wenn sich Niemand finden sollte, der den Spaten ziehen wollte[45]).

Die außerordentliche Deichlast ist entweder Beihilfe oder Nothhilfe[46]); beide treten in den oben bezeichneten Fällen ein, wo die Erhaltung des Deiches oder die Sicherung des Binnenlandes Leistungen fordert, die die Kräfte oder Verpflichtung des einzelnen Deicheigenthümers übersteigen, indem dann, so weit dieses der Fall ist, der ganze Deichband die Arbeit und Kosten übernehmen muß. Namentlich müssen zu den Gegenständen der außerordentlichen Deichlast in der Regel auch die Stromwerke gerechnet werden, die nicht als ein Accessorium der Deichkabel, vor welcher sie liegen, sondern der ganzen Deichlinie zu rechnen sind, und deren Unterhaltung daher, wenn sie, sei es direct oder indirect (z. B. durch Erhaltung des dem Deiche zum Nutzen gereichenden Vorlandes), mit zur Sicherung des Deiches dienen, auf gemeinschaftliche Kosten des Deichbandes geschehen muß[47]). Wo genau bestimmt ist, was von dem einzelnen

---

41) Deichrecht von Salland, Art. 21. Puffendorf, obs. T. IV. app. p. 415. Bremische D.-O. Cap. 9, §. 10. Diese verordnet, daß der Deichpflichtige, der den Deich derelinquiren will, auf dem Deich stehend, den Spaten in der Hand, in Gegenwart der Deichbeamten einen Eid schwören muß, daß er keine Mittel habe denselben zu unterhalten. Wenn er aber dieses nicht thun kann, soll ihm das Land durch das Spatenstechen nicht abgenommen, er durch Zwang zur Erfüllung der Deichpflicht angehalten und endlich als ein Zerstörer des gemeinen Bestens im Lande nicht länger geduldet werden.

42) Puffendorf, T. IV. obs. 161. §. 6 sq. Bes. auch Dammert a. a. O. Th. 1, S. 127 flg. S. Ebendenselben Bd. 2, S. 46.

43) Dunker, Reallasten a. a. O.

44) Hackmann, c. 10. §. 373—382. Bülow und Hagemann, Erört. Bd. III, S. 19. Heinecken, §. 34. Runde, §. 116, Note a. Dammert a. a. O. Th. 1, S. 105 flg. Mittermaier, §. 229.

45) S. Dammert, Th. 2, S. 43—45, woselbst er auch bemerkt, wie nur die mangelhafte Einrichtung der Deichbände, die nicht gehörige Vertheilung der Deich- und Strombaulast solche Dereliction der Grundstücke hervorrufen konnte.

46) Ueber deren Unterscheidung bes. Hunrich, Art. 5, S. 28 u. 34.

47) Hackmann, c. 14. §. 14. Wolters, §. 36. Puffendorf, T. III. obs. 130. §. 4. 5. obs. 135. §. 4. 5. v. Ende, juriſt. Abhandl.

Deichhalter, was von dem Deichbande getragen werden muß, kann der Beitrag zu letzterem eigentlich nicht einmal als eine außerordentliche Beihilfe bezeichnet werden. Mehr würde dieser Name auf die Fälle anwendbar sein, wo auch, weil eine ganze Deichcommune außer Stande ist, die Deicharbeit zu beschaffen, oder wo das Werk zugleich benachbarten Deichbänden mit zu Gute kommt, diese mit zu den Kosten oder der Arbeit concurriren müssen. In dem ersteren Falle kann Beihilfe aber nur verlangt werden, wo die Verpflichtung zu derselben durch Landesgesetz, Gewohnheit oder Vertrag begründet ist [48]). Wo solche besondere Verpflichtung nicht rechtlich begründet ist, und keine benachbarten Deichbände oder Landesdistricte bei Erhaltung des Deiches besonders betheiligt sind, müßte im Falle des Unvermögens des Deichbandes die Beihilfe wohl vom Staate geleistet werden [49]). — Die Nothhilfe tritt ein, wenn bei hoher Sturmfluth oder Eisgang die Deiche in Gefahr sind, oder wenn Kappstürzungen wirklich geschehen, oder ein Theil des Deiches bereits weggerissen und ein Durchbruch wirklich erfolgt ist [50]). Sie unterscheidet sich dadurch von der Beihilfe, welche verschiedene Deichbände einander leisten müssen, daß sie nicht blos da eintritt, wo das Interesse bei Erhaltung des Deiches ein gemeinschaftliches ist, oder eine besonders durch Vertrag u. s. w. begründete Verpflichtung vorhanden ist. Alle Umwohner, so weit sie zu Hilfe kommen können und dazu entboten werden, sind dazu verpflichtet, selbst auch die der Geestländer, welche den Ueberschwemmungen nicht ausgesetzt sind. Nach älterer germanischer Ansicht beruhte die Leistung der Nothhilfe auf einer Pflicht der Nachbarlichkeit, nach neuerer wird sie als zur Landfolge gehörige Unterthanenpflicht betrachtet [51]), wozu der Landesherr entbieten, und der sich Niemand entziehen kann [52]). Die Nothhilfe besteht theils in zu haltenden außerordentlichen Deichwachen [53]), besonders wenn mehrere Deiche zugleich bedroht sind, so daß die Deichbande einander nicht zu Hilfe kommen können; ferner in Hilfsdiensten bei Herstellung des gebrochenen Deiches, die entweder mit der Hand, oder von denen, welche Pferde und Wagen halten, mit Gespann, nach Verhältniß ihrer Grundbesitzungen, bis die Gefahr und Noth

---

Nr. IV, §. 15. Bülow und Hagemann, Erörterungen, Bd. 2, S. 8, 14. Dammert a. a. O. Th. 1, S. 19, 48, Th. 2, S. 33—37. Martens, wie und welcher Gestalt der ganze Deichband verpflichtet gewesen sei, dem einzelnen Deichhalter bei Strom- und Uferwerken zu Hilfe zu kommen? In den braunschweig-lüneb. Landesannalen, Jahrg. VI, S. 470—483. Runde, §. 114a a. E. Mittermaier, §. 227.

48) Hunrich, S. 28, 190. Puffendorf, obs. T. II. 104. III. 134. 135. Heineken, §. 38 sq.

49) Dammert, Th. 2, S. 65—68.

50) Hunrich, S. 34. Wolters, §. 46. Woltmann, Th. 1, §. 59, 60. Dammert, Th. 1, S. 56 flg., Th. 2, S. 62. Ramdohr, juriſt. Erfahrungen, Bd. 2, S. 423.

51) Leiſt, Staatsrecht, §. 197.

52) Elbdeichordnung von 1664, §. 8, 9. Brem. Deichordnung Cap. 13. Schleswig-holſt. Deichregl. §. 31, 32.

53) Hannöverſches Magazin 1805, Stück 49. Elbdeichordnung von 1664, §. 8—10. Bremiſche D.-O. §. 1, 13. Dammert, Th. 1, S. 57.

vorüber sind, geleistet werden müssen; endlich auch wohl in Lieferung der nothwendigen Materialien, welche letzteren aber wieder ersetzt werden müssen, während die Nothhilfe sonst als solche unentgeldlich zu leisten ist [54]).

Die Anlegung und Erhaltung der Deiche kann auch Veranlassung geben, Abtretung des Eigenthums — wie sie im Falle der Noth von jedem Staatsbürger gefordert werden kann — zu verlangen [55]). Es ist dieses sowohl der Fall bei Anlegung neuer Deiche, als wenn es nach Ermessen der Deichaufsicht für zweckmäßig gefunden wird, einen durchbrochenen Deich nicht wieder auf die alte Stelle zu legen, sondern denselben weiter hinaus oder landeinwärts zu ziehen [56]). Es muß dabei der Eigenthümer unter Anrechnung seines eigenen Betrages entschädigt werden [57]). Es kann auch vorkommen, daß das Eigenthum nur auf eine Zeitlang zur Anlegung von Noth-, Chur- oder Kaideichen, die nur eine temporäre Bestimmung haben, überlassen werden muß; die vom Deichbande zu leistende Entschädigung ist dann durch gegenseitig vorzuschlagende Taxatoren auszumitteln [58]). Auch ist jeder zum Deichbande gehörige Landeigenthümer, da wo bei dem Deiche keine öffentlichen, zum Graben der Deicherde und zum Sodenstich besonders bestimmten Plätze vorhanden sind [59]), verpflichtet, bei Anlage eines neuen Deiches, oder einer vom ganzen Deichbande zu beschaffenden Herstellung oder Stärkung des Deiches die dazu erforderliche Erde und Soden, welche aber immer daher genommen werden müssen, wo es der vorzunehmenden Deicharbeit unbeschadet, dem Landeigenthümer am unschädlichsten ist, also zunächst vom Außendeichs- oder Vorlande, gegen Entschädigung verabfolgen zu lassen [60]). — Verwandt mit den hier angeführten Rechtsgrundsätzen ist die Frage, ob der Grundbesitzer, dessen bisheriges Binnenland durch Zurückziehen des Deiches in Außenland verwandelt worden ist, dafür von dem Deichbande oder vom Staate Entschädigung verlangen kann? Es ist dieses der Fall, wenn die Einlage die Vermeidung größerer Kosten oder die größere Sicherheit der Unterhaltung einer gefährlichen Deichstrecke bezweckt; wo sie

---

54) Wie weit diese Unentgeldlichkeit etwa näher zu bestimmen und zu beschränken sein möchte, s. Dammert, Th. 2, S. 64.

55) Puffendorf, obs. T. IV. obs. 216. §. 6. Bülow und Hagemann, Erört. Bd. 2, S. 25. Berg, Polizeirecht, Th. 1, S. 90. Leist, Staatsrecht, §. 197.

56) Dammert, Th. 1, S. 28.

57) A. M. Runde, §. 121. 9. Das Land, worauf der Deich steht, ist aber wohl nicht dem ausgedeichten Lande gleichzusetzen, sondern wohl mit zu dem bedeichten zu rechnen.

58) Bülow und Hagemann a. a. O. S. 28, 29. Cancrin, vom Wasserrechte, I. 115. Dammert a. a. O.

59) Bremische D.-O. Cap. 3, §. 1—3. Cancrin, Abhandl. aus dem Wasserrechte, I. S. 147. Dammert, Th. 1, S. 9; Th. 2, S. 30.

60) Siehe darüber überhaupt Hackmann, c. 6. §. 33—157. Schleswig-holsteinisches Deichreglement §. 27. Cancrin, vom Wasserrechte, I. S. 146. Bülow und Hagemann a. a. O. Bd. 2, S. 26; Bd. 3, Nr. 1. Fischer, Cammeral- und Polizeirecht, Bd. 3, S. 26. Hunrich, Art. 24. Wolters, §. 32.

aber aus Noth geschieht, da muß der Eigenthümer des Landes, dessen Beschützung nicht mehr möglich ist, den unglücklichen Zufall tragen und das Deichband als Societät haftet dafür nach gemeinem Rechtsgrundsatze nicht [61]). Aus Gründen der Billigkeit haben Manche indeß auch hier dem Grundeigenthümer eine Entschädigungsforderung zugesprochen [62]).

Es gibt eine zweifache Art der Betreibung des Deichbaues. Nach der älteren, bei welcher besonders das Spatenrecht und manche der angegebenen Eigenthümlichkeiten vorkommen, ist der Deich vermessen und jedem Besitzer eines deichpflichtigen Grundstückes nach Verhältniß des auf den Deich in die Länge oder die Quer schießenden Landes ein bestimmter und bezeichneter Deichantheil (Deichkabel, Deichpfand, Deichflagge) zur Unterhaltung in schaufreiem Zustande auf eigene Kosten angewiesen [63]). Wo das Deichwesen zu einer größeren Vollkommenheit entwickelt ist, ist diese Vermessung auch auf die Stromwerke, die zur Sicherung des Deiches dienen, ausgedehnt. Man nennt diese Art der Betreibung des Deichbaues die Pfanddeichung [64]). Die andere oder die Betreibung des Deichbaues in Communion, nach dem Communionfuße, findet statt, wenn der Deichbau auf Kosten des Deichbandes betrieben, zu dem Zwecke für einen jeden oder für mehrere Deichbände eine Deichcasse errichtet wird, zu welcher jeder Deichpflichtige verhältnißmäßig beitragen muß [65]). Die Natur der Deichlast wird dadurch, ob die eine oder andere Art der Beitreibung stattfindet, nicht verändert, nur das Object der Leistung, welches in dem einen Falle in Diensten, in dem anderen in Geld besteht [66]). Die Communiondeichung verdient deßhalb den Vorzug, weil eine gleiche Vertheilung der Deichlast, welche überall stattfinden sollte und verlangt werden kann [67]), bei derselben leichter zu erreichen ist. Es ist dieses besonders von Nic. Beckmann ausgeführt worden [68]). Die Vertheilung der Deichlast ist einer der schwierigsten Gegenstände der Deichgesetzgebung und Verwaltung. Man hat oft, besonders in älteren Deichordnungen, nur die Größe des durch den Deich ge-

---

61) L. 24. §. 3. D. de damno infecto. L. 23. D. de R. J. L. 6. C. de pignor. act. Brem. D.-O. Cap. 13, §. 6. Hackmann, VI. §. 176—179. Puffendorf, obs. IV. obs. 216. §. 5. Hunrich, Deichrecht, S. 138, 147 flg. Klein, Annalen, Bd. 4, S. 252. Bülow u. Hagemann, Erört. III. S. 26; V. S. 267. Berg, Polizeirecht, Bd. 3, S. 107—109. Dammert, Th. 2, S. 29 flg. Runde, §. 121, Note g. Mittermaier, §. 229.

62) So bestimmen es auch einige Deichordnungen. S. bei Hackmann, VI. §. 173. Schleswig-holst. Deichregl. §. 28, 29. Bes. Halem, de iure eliminatorum eorumque indemnisatione antiquo et hodierno iuri consentanea. Hafn. 1770. Dreyer, Miscellan., S. 21.

63) Hackmann, c. 7. §. 76—86. Wolters, §. 27. Zusätze, S. 27. Dammert, Th. 1, S. 34.

64) Benzler, s. v. Deichband.

65) Hunrich, Art. 5, 8. Wolters, §. 29, 30. Runde, §. 117. Mittermaier, §. 226.

66) Duncker, Reallasten, S. 184.

67) Mevius, decis. P. VIII. dec. 230 Wolters, S. 42.

68) In seinem Entwurf einer Deichordnung in Joh. Beckmann, Beitr. zur Oekonomie und Technologie, Th. 3, S. 319.

schützten Landes zum Maßstabe genommen, während neben dieser nicht nur, wie es in anderen Deichordnungen der Fall ist, auch die Qualität des Grundbesitzes in Betracht kommen müßte[69]), sondern auch der Grad der Gefahr, welcher bei den verschiedenen Arten von Deichbrüchen die Grundstücke ihrer Lage nach ausgesetzt sein würden[70]). — Wo eine solche Vertheilung der Deichlast nach richtigen Principien durchgeführt werden soll, müssen dann, statt der gewöhnlichen Deichrollen oder Deichregister, in welchen die Deichkabeln, deren Unterhaltung jedem Grundstücke zukommt, so wie die Beiträge, welche bei der Communiondeichung geleistet werden müssen, verzeichnet sind, nach vorhergehender Nivellirung, Vermessung und Bonitirung des ganzen Deichbandsdistrictes ordentliche Deichbandcataster angelegt werden, deren Revision dann etwa von 10 zu 10 Jahren erfolgen müßte[71]).

Der in der Rolle genannte Eigenthümer des Grundstückes, auf welchem die Deichlast haftet — der Deichhalter — wird in derselben oft der Deichherr oder Deicheigenthümer genannt, aus welcher Benennung aber kein ihm an dem Deiche besonders zustehendes Recht zu folgern ist[72]). Der Deich wird vielmehr als ein Ganzes betrachtet, so daß Niemand an Theilen desselben ein Privateigenthum hat; es gehört der Deich zu den rebus publicis[73]). Es kann ein gemeinschaftlicher Gebrauch, z. B. durch Reiten oder Fahren auf der Kappe stattfinden[74]), oder es können Nutzungen auch Einzelnen überlassen werden, wie z. B. die Benutzung des Graswuchses, oder indem die Erlaubniß ertheilt wird, den Deich mit Bäumen zu bepflanzen, Häuser auf demselben zu erbauen[75]). Dabei muß aber immer die Rücksicht walten, daß dem Deiche dadurch kein Schaden zugefügt, die Erhaltung nicht erschwert, noch die Deichpflichtigkeit vermehrt wird, weßhalb denn auch jede ertheilte Bewilligung jeder Zeit modificirt und widerrufen werden kann. Da das Deichrecht gewissermaßen ein Nothrecht war, von der Erhaltung der Deiche das Gedeihen und selbst die Existenz des dadurch geschützten Landes abhing, so mußte auch die Anwendung und Befolgung der strengen Grundsätze über die Deichpflichtigkeit gesichert, für eine zweckmäßige Anlegung der Deiche, sobald man diese als gemeine Sache zu betrachten angefangen hatte, für eine erforderliche Aufsicht, für eine rasche Entscheidung entstandener Rechtsstreitigkeiten und für die

---

69) Hackmann, c. 10. §. 224—250. Hunrich, Art. 2, S. 9, 17. Heineken, §. 32.

70) Darüber Dammert, Th. 2, S. 10—19, und auch Th. 1, S. 47.

71) Ueber die Deichrollen und Cataster, sowie deren Einrichtung s. Hackmann, c. 7. §. 86—115. Hunrich, Art. 2. Wolters, §. 28. Bülow und Hagemann, Th. 6, Erört. 82. Dammert a. a. O. u. Th. 2, S. 58, 60, 81.

72) Hackmann, c. 11. §. 33—38.

73) Hackmann, c. 11. §. 1—50. Puffendorf, obs. I. n. 216. Hunrich, Art. 22—25. Wolters, §. 52—56. Woltmann, Th. I, §. 34 flg. Runde, §. 120.

74) Hackmann, c. 11. §. 51—77. Brem. D.-O. Cap. 11. Oldenb. D.-O. von 1681, §. 4, 7, 8.

75) Hackmann, c. 11. §. 78—136.

Bestrafung der Frevel Sorge getragen werden. Die Deichbände erhielten daher eine eigenthümliche Verfassung, wie sie in anderen genossenschaftlichen, zu ähnlichen Zwecken begründeten Einigungen im Mittelalter stattzufinden pflegte. Ein gewählter Vorstand — Deichgraf — mit einem Ausschuß der Deichgenossenschaft — Deichgeschworenen — hatte die Leitung der Deichangelegenheiten. Zum Deichgrafen wurde oftmals wohl, um den Anordnungen der Genossenschaft ein größeres Ansehen zu sichern, ein durch Geburt und Grundbesitz ausgezeichneter Mann vom Ritterstande oder vom hohen Adel gewählt. Zuweilen war das Deichgrafenamt auch in einer Familie erblich geworden [76]). Jetzt wird das Deichwesen überhaupt als ein Gegenstand, dessen sich die Landesobrigkeit besonders anzunehmen hat, angesehen. Als ein Ausfluß der Landespolizeigewalt wird das Recht und die Pflicht betrachtet, dafür zu sorgen, daß die höchst nachtheiligen Folgen, welche durch Ueberschwemmungen der Meere, Seen, Flüsse und Bäche, mögen sie im Staats- oder Privateigenthum sich befinden, für das Land entstehen können, möglichst verhütet und abgewendet werden [77]). Zu den Anstalten, wodurch dieses erreicht wird, gehören insbesondere die Deiche. In Beziehung auf dieselben hat die Landesobrigkeit nicht nur eine Oberaufsicht über alle Deichgenossenschaften zu üben, sondern sie kann auch die Anlegung neuer Deich- und Stromwerke und die Art der Ausführung und ferneren Erhaltung vorschreiben, ohne daß die Deichinteressenten verlangen können, darüber befragt zu werden. — Sie kann Deichbeamte anstellen, welche unter ihrer höchsten Aufsicht die Pläne zu neuen Deich- und Stromwerken entwerfen und deren Ausführung besorgen; die Unterthanen nöthigen, zum Besten der Deichgesellschaften einen Theil ihrer Grundstücke gegen Entschädigungen abzutreten und Nothhilfe zu leisten; Deichgesetze erlassen, und die Aufsicht über deren Ausübung verbunden mit der nöthigen Gerichtsbarkeit führen.

Die Oberdeichbeamten heißen jetzt gewöhnlich Oberdeichgräfen, Oberdeichinspectoren, Deichgräfen, Deichinspectoren, Deichhauptleute u. s. w. Die Unterbeamten: Deichvoigte, Deichgeschworene, Deichälteste u. s. w. [78])

Außer der fortwährend zu übenden Aufsicht, damit die etwa entstandenen, Gefahr drohenden Schadhaftigkeiten der Deiche sogleich hergestellt

---

76) Hackmann, c. 12. §. 86 sq.

77) Moser, von der Landeshoheit in Ansehung Erde und Wasser, Cap. XIX, S. 207. Derselbe, von der Landeshoheit in Polizeisachen, S. 369. Leist, §. 2. Berg, Polizeirecht, Bd. 3, S. 76. v. Bülow und Hagemann, prakt. Erört. Bd. 2, S. 12 flg. Hackmann, c. 5. §. 100—103; c. 10. §. 13 sq.

78) Ueber diese Deichbeamte s. Hackmann, c. 12. §. 40 sq. Hunrich, Art. 13, 17, 45—47. Fischer, Cameral- und Polizeirecht, Bd. 3, S. 23 flg. v. Berg, Polizeirecht, Th. 3, S. 126 flg. Dammert, Th. 1, S. 38. — Zuweilen wurde früher das Deichgrafenamt auch zu Lehn übertragen. — Hackmann, c. 12. §. 63 sq. Auch steht wohl noch den Genossenschaften die Wahl, oder doch der Vorschlag, dem Landesherrn aber die Bestätigung zu. Hackmann, c. 12. §. 73 sq.

werden[79]), haben die Deichbeamten regelmäßige Reviſionen der Deiche — Deichſchauungen — zu halten, und zwar die Deichvorſchau im Frühjahre, um den Deichhaltern die Schadhaftigkeiten zu bemerken und die Wiederherſtellung bis zum nächſten Winter aufzugeben, die Deichnachſchau im Herbſte, um zu unterſuchen, ob den bei der Vorſchau ertheilten Vorſchriften und Anweiſungen gehörig nachgekommen iſt[80]). Bei der Deichſchau werden auch wohl die Stromwerke und auch die herrſchaftlichen und Privatbuſchwerder, deren Erhaltung, durch Cultur und wirthſchaftliche Benutzung, für den Deich ſehr wichtig iſt, revidirt[81]). Gegen die Säumigen werden bei der Nachſchau polizeimäßige Strafen, nach den darüber in den Deichordnungen enthaltenen Vorſchriften[82]), oder auch nach beſonderen Strafreglements, welche für einzelne Diſtricte oder Deichbände beſtehen[83]), verhängt. — Die erkannten Geldſtrafen fließen da, wo regulirte Deichbände beſtehen, in die Deichbandcaſſe, ſonſt in die landesherrliche Caſſe, und die etwa erkannten Strafarbeitstage, welche in Spann- und Handdienſten beſtehen, werden gewöhnlich bei den vorkommenden Deich- und Strombauen mit verwandt. Die älteren Deichordnungen[84]) enthalten auch noch manche Vorſchriften über die Beitreibung jener verhängten Geldſtrafen durch Pfändung[85]).

Nach der Deichſchau pflegten auch wohl beſondere Deichgerichte unter der Leitung des Deichgräfen mit dem Geſchworenen und Deichrichter gehalten zu werden; außerdem pflegte dieſes aber auch, ſo oft es die Nothwendigkeit erforderte, zu geſchehen[86]), ſo daß man auch hier die gebotenen und ungebotenen Dinge, wie ſonſt nach altteutſcher Gerichtsverfaſſung, unterſcheiden konnte. Wo die Deichbehörden nur aus Adminiſtrativbeamten beſtehen, die nicht zugleich mit der eigentlichen Gerichtsbarkeit bekleidet ſind, die Rechtsſtreitigkeiten alſo von dem ordentlichen Gerichte überhaupt, oder wem dieſes übertragen iſt, entſchieden werden müſſen, kann beſonders auch die Unterſcheidung deſſen wichtig werden, was zur Competenz der Adminiſtrativdeichbehörde und was zu der der Gerichte gehört. Im Allgemeinen iſt anzunehmen, daß, da bei Deich- und Strombauſachen die geringſte Verzögerung den größten Nachtheil für den ganzen Deichband veranlaſſen kann, und in den meiſten Fällen nur ſchleunige

---

79) Hackmann, c. 12. §. 149 sq. Dammert, Th. 1, S. 61; Th. 2, S. 49.

80) Hackmann, c. 12. §. 152 sq. Hunrich, Art. 18, 19. Wolters, §. 61. v. Berg a. a. O. S. 128. Dammert, Th. 1, S. 60.

81) Dammert a. a. O.

82) Beſtimmungen älterer Deichordnungen ſ. Hackmann, c. 12. §. 176—188. Bremiſche D.-O. von 1743, Cap. 9, 11, 16. Lüneb. Elbdeichordnung von 1664, §. 15—17, 29. D.-O. von 1748, §. 22. Lauenb. D.-O. von 1599, §. 2, 7—9, 12—15, 20—22; von 1752, §. 15—17, 23, 29, 32, 34, 36, 38—42. Dammert, Th. 1, S. 62.

83) S. v. Bülow und Hagemann, Erört. Bd. 2, S. 36—40.

84) Hackmann, c. 12. §. 188—222.

85) Ueber dieſelbe, als das gewöhnliche Executionsmittel, auch brem. D.-O. Cap. 9. Hunrich, 52, 93, 98. Runde, §. 122, Note d.

86) Hackmann, c. 17. §. 2—4.

und ungesäumte Hilfe rettet („dieweil das Gewässer, Wetter und Wind auf Niemand wartet"), die Befolgung der von der Deichbehörde erlassenen Verfügungen nicht durch Beschreitung des Weges Rechtens aufgehalten werden kann. Es kann nur ein Recurs an die Landesregierung, welcher die Oberaufsicht zusteht, stattfinden, und ein solcher Recurs auch dann nur Suspensiveffect haben, wenn nicht Gefahr beim Verzuge vorhanden ist[87]). Die Deichbehörde kann im Fall der Renitenz eines aufgeforderten Deichinteressenten, die von demselben zu leistende Arbeit für baares Geld verrichten und die Kosten von demselben allenfalls executive beitreiben lassen[88]). Als Administrativ-, nicht als Justizsache ist auch jede Streitigkeit anzusehen, wobei es sich um die Frage handelt, ob eine vorgeschriebene Deicharbeit oder andere zur Sicherung des Deiches und eingedeichten Landes getroffene Verfügung nothwendig und zweckmäßig sei[89]). Den Weg Rechtens kann aber nach vollbrachter Deich- oder Stromarbeit, nachdem der Anordnung der Deichbehörde Folge geleistet worden, der einzelne Interessent betreten, wenn er glaubt, Ansprüche auf Entschädigung machen zu können, namentlich wenn ihm Leistungen zugemuthet worden, die ein Anderer hätte übernehmen sollen. Doch ist in solchem Falle der, welcher die Entschädigung zu leisten hat, nicht die Deichbehörde in Anspruch zu nehmen. Es müssen solche Streitigkeiten, als causae celerrimae expeditionis, nach den meisten Prozeßordnungen summarisch behandelt und möglichst bald beendigt werden[90]).

Die Rücksicht auf die Beförderung des Deichbaues und der Erhaltung der Deiche hat auch gewisse Vorrechte, welche das Deichwesen genießt, hervorgerufen. Dahin gehört: 1) daß bei einem Concurse über das Vermögen des Deichpflichtigen, nicht nur die Kosten des Deichbaues selbst, sondern oft auch Alles, was dazu an baarem Gelde, Materialien und Arbeitslohn creditirt worden, mehr oder weniger privilegirt ist[91]); es kann dabei auch das jüngere Darlehn ausnahmsweise vor dem älteren alsdann den Vorzug haben, wenn ohne jenes dieses würde eingebüßt worden sein[92]). 2) Es dürfen die zur Deicharbeit erforderlichen Pferde, Geräthschaften und Materialien während der Deicharbeit wegen Privatschulden gar nicht, sonst aber nur dann zum Gegenstande der Execution genommen werden, wenn der Deichpflichtige überall kein weiteres bewegliches und unbewegli-

---

87) Wie es auch bei Appellationen von Unter- an Oberdeichgerichte der Fall ist. S. Hackmann, c. 17. §. 39—48. Runde, §. 123 a. E.

88) Brem. D.-O. Cap. 9, §. 2, 5—10. Elbdeichordn. von 1664, §. 23. Schleswig-holst. Deichreglement §. 24. Struben, rechtl. Bed. V. S. 26. Berg, Polizeirecht, Th. 1, S. 150, Th. 3, S. 91. Dammert, Th. 1, S. 39, Th. 2, S. 53.

89) Dammert a. a. O.

90) Hackmann, c. 18. §. 30—38. v. Bülow und Hagemann, Erört. Bd. 2, N. 1, §. 1, 4. v. Berg a. a. O. Dammert, Th. 1, S. 40.

91) Bremische D.-O. Cap. 14. Lüneb. Elbdeichordn. von 1664, §. 25. Hackmann, c. 16. §. 21—51. Wolters, §. 62. Hunrich, Art. 9. Dammert, Th. 1, S. 41. S. aber auch Mittermaier, §. 228 a. E.

92) Den Inhalt einer ungedruckten Abhandlung über diesen Gegenstand theilt Dreyer, Misc. S. 33 u. 36 mit. Runde, §. 122, Note e.

ches Vermögen besitzt [93]). Hierher gehört endlich auch 3) der besondere Deichfriede [94]). Derselbe wird schon in alten Küren der Friesen neben den Kirchen-, Ding-, Heerfrieden u. s. w. erwähnt [95]). Eine Folge dieses höheren Friedens war es, daß alle Mißthaten, die auf dem Deiche an Jemand begangen wurden, härter als sonst bestraft wurden, womit man wohl bezwecken wollte, daß die auf und an dem Deiche mit Arbeit für denselben beschäftigt waren, dabei einer vollkommenen Sicherheit genießen und die Furcht vor Gewaltthätigkeit Niemand von der Deicharbeit zurückhalten sollte [96]). Bestimmungen, die diesen besonderen Schutz der Deicharbeit betreffen, finden sich dann auch in manchen Deichordnungen [97]). Es werden daher auch wohl noch Vergehen gegen Deichbeamte härter bestraft [98]). Der höhere Frieden kam dann aber auch dem Deiche selbst zu, so daß die Zerstörung von Deichen und selbst die Beschädigung an denselben mit sehr harten Strafen belegt war [99]). Nach der Bestimmung einiger älteren Deichordnungen sollte, wer Deiche durchsticht, an den Deich gepfählt werden [100]); jetzt muß, wo nicht noch anwendbare particulare Normen sich finden, auf die Grundsätze, welche über das Verursachen einer Ueberschwemmung aufgestellt zu werden pflegen, zurückgegangen werden [101]). Auch der Diebstahl und die Beschädigung von Materialien zum Deichbau pflegten vermöge des Deichfriedens wohl schwerer, und selbst mit Leibes- und Lebensstrafen geahndet zu werden [102]).

Sielen und Schleußen [103]) sollen dazu dienen, das Wasser, welches sich innerhalb des Deiches sammelt, durch Schnee und Regen oder auch wohl durch Zuströmungen aus höheren Gegenden, abzuführen. Mit den Sielen stehen Canäle, Gräben und manche andere, zur Abwässerung einer Gegend erforderliche Anstalten in Verbindung [104]). Die Anlage

93) Bremische D.-O. Cap. 15, §. 2. Elbdeichordnung von 1664, §. 30. Hackmann, c. 16. §. 52—54. Hunrich, Art. 37. Wolters, §. 31. Dammert, Th. 1, S. 41. Runde, §. 122.

94) Bremische D.-O. Cap. 15, §. 1. Elbdeichordnung von 1664, §. 29. Hackmann, c. 16. §. 3—20. Puffendorf, obs. Vol. II. obs. 190. Runde, §. 123.

95) S. die 12. der 17 Volkskären im Asegabuch von Wiarda, S. 18.

96) Im Asegabuch, 7. Abschnitt, §. 10, heißt es daher auch: Wenn ein Rustringer zu dem Deiche kommt, hat er eben so großen Frieden auf dem Deich, als auf dem fehdelosen Werfe und dem geweiheten Kirchhof.

97) Bremische D.-O. Cap. 15, §. 1. Hackmann, c. 16. §. 14—20. Hunrich, Art. 36.

98) Brem. D.-O. Cap. 9, §. 6, Cap. 17, §. 4. Oldenb. D.-O. v. 1681, Art. 57. Wolters, §. 37. Runde, §. 120, Note c.

99) S. Hackmann, c. 18: De poena rumpentis vel violantis aggeres.

100) Magdeburg. D.-O. von 1665, Cap. 5. Hackmann l. c. §. 17. Dreyer a. a. O. S. 37.

101) Tittmann, Handbuch der Strafrechtsw., §. 530, 531. Henke, Handb. III. S. 629.

102) Hackmann, c. 6. §. 184—192.

103) S. überhaupt Hackmann, c. 14: De adiunctis et pertinentiis aggerum in specie claustris et emissariis. Brem. D.-O. Cap. 17.

104) Runde, §. 119b.

und Unterhaltung der Siele kann Sache des ganzen Deichbandes sein, wenn sie entweder direct oder indirect denselben Zweck erreichen sollen, um dessentwillen die Deich- und Stromwerke angelegt werden, oder wenn sie die Abwässerung des ganzen Deichdistrictes gleichmäßig bezwecken[105]). Da gewöhnlich die Siele aber nur zur Entwässerung eines Theiles des Deichdistrictes, in welchem sich besonders der niedrigen Lage wegen das Wasser zu sammeln pflegt, dienen und mit dem Deichbau nicht selbst in einer Beziehung stehen, so müssen sie auch von denen, zu deren Nutzen sie dienen, erhalten werden. Diese bilden dann unter sich ein Sielband oder Sielacht[106]), so daß ein Deichband wohl mehrere Sielbände umfassen kann. Jeder Landbesitzer, dessen Land in einer solchen Sielacht liegt und an der Entwässerung Theil nimmt, muß derselben beitreten und zu den Kosten, welche die Unterhaltung der Siele verursacht, beitragen[107]). Wo nicht durch Vertrag oder Herkommen die Quote bestimmt ist, sind die Beiträge nach Verhältniß der Größe der Ländereien, welche durch die Siele abgewässert werden, zu leisten[108]). Es kommen hier überhaupt im Wesentlichen die Grundsätze des Deichrechtes zur Anwendung[109]), sowie auch die Siele jetzt unter der besonderen Aufsicht des Staates stehen, und diese von den Deichbeamten ausgeübt zu werden pflegt[110]), theils weil die Siele oft mit den Deichen in näherer Verbindung stehen, theils weil die erforderlichen technischen Kenntnisse bei Jenen vorausgesetzt werden dürfen[111]). Wilda.

**Delegatio.** Die Worte delegare, delegatio [1]) werden in der Kunstsprache der römischen Juristen in einem weiteren und in einem engeren Sinne gebraucht. Im weiteren versteht man darunter jeden Auftrag des Schuldners an eine dritte Person, welcher dahin lautet, seinem Gläubiger oder demjenigen, welchen dieser substituiren will, eine bestimmte Geldsumme zu zahlen oder mit demselben ein

---

105) Dammert, Th. 1, S. 64; Th. 2, S. 90.

106) Brem. D.-O. Cap. 17, §. 6. Benzler, Wörterb. u. d. W. Sielacht. Hunrich, Art. 41.

107) Hackmann, c. 14. §. 51—70. Hunrich, Art. 48, 50. Martens, über die Schuldigkeit der Geesten und Moore, welche entwässert und zur Cultur gebracht werden, zu den Schleußen- und Sielkosten beizutragen. Im hannöv. Magazin, 1791, St. 58. Staatsbürgerl. Magazin Bd. 3, S. 284.

108) Dammert, Th. 1, S. 65.

109) Brem. D.-O. Cap. 17, §. 1. Hunrich, Art. 41, 50. Wolters, §. 68. Runde, §. 114b, 119b.

110) Früher kamen auch besondere Sielrichter, Sielgeschworene u. s. w. vor. S. Hackmann, §. 72—99.

111) Dammert, Th. 1, S. 65; Th. 2, S. 92.

1) Literatur: Brissonius, de solutionibus et liberationibus lib. II. p. 173—177. Pothier, Pandectae Iustinianeae lib. XLVI. tit. 2. sectio 2. tom. III. p. 261—263. Gesterding, Beitrag zur Lehre von der Delegation; im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 2, S. 227—234. Heise und Cropp, juristische Abhandlungen, Bd. 2, Nr. XIII, S. 351 flg. Keller, über Litiscontestation und Urtheil, S. 90—92. Mühlenbruch, die Lehre von der Cession der Forderungsrechte (3. Ausg.), S. 35, Note 64, u. S. 225 flg. Meyerfeld, die Lehre von den Schenkungen, §. 15, S. 243—274.

ſolches Obligationsverhältniß einzugehen, aus welchem die Verbindlichkeit entſpringt das, was der Auftraggeber ſchuldet, an deſſen Statt, aber im eigenen Namen zu bezahlen. In dieſer Bedeutung umfaßt der Begriff auch das ſogenannte mandatum de solvendo et accipiendo, d. h. den Auftrag des Schuldners an einen Dritten, dem Gläubiger des Mandanten Zahlung deſſen zu leiſten, was der Mandant an denſelben ſchuldet und an ſeinen Gläubiger, Zahlung an ſeiner Statt vom aſſignirten Dritten anzunehmen [2]). In der engeren Bedeutung, welche in den von der Delegation insbeſondere handelnden Titeln der Juſtinianiſchen Pandekten und des Juſtinianiſchen Codex vorausgeſetzt wird, verſteht man unter dem genannten Begriffe die Ueberweiſung einer Perſon an einen Dritten oder deſſen Subſtituten, damit der Ueberwieſene dem Dritten anſtatt des Ueberweiſenden ſich verpflichte [3]). Wer die Ueberweiſung vornimmt, heißt in der Kunſtſprache der neueren Juriſten delegans (Delegant); wer in Folge derſelben ſich dem Dritten obligiren ſoll, heißt delegatus (Delegat), manchmal auch debitor delegatus; endlich der Dritte, dem ſich der Delegat ſtatt des Deleganten obligirt, delegatarius (Delegatar). Erfordert wird zur Delegation nicht ſowohl, daß der Delegant Schuldner des Delegatars ſei (denn, wenn ſchon gewöhnlich die Delegation zur Befreiung von einer Schuld vorgenommen, und der Delegatar deßhalb in den Geſetzen faſt immer creditor genannt wird, ſo kann dieß doch nicht als zum Weſen der Delegation gehörig angeſehen werden, da man ja delegiren kann, um dem Delegatar eine Liberalität zu erweiſen) [4]); eben ſo wenig gehört es zum Weſen der Delegation, daß der Delegat Schuldner des Deleganten ſei, da man ja auch Nichtſchuldner mit voller Wirkung delegiren [5]) und eine Delegation vom Delegaten auch in der Abſicht angenommen werden kann, um dem Deleganten eine Liberalität zu erweiſen [6]); es liegt außer dem Weſen der Delegation, daß dadurch ſtets eine Novation [7]) entſtehe oder mit an-

---

2) L. 21. D. de novat. et deleg. (46. 2.) L. 7. C. de novat. et deleg. (8. 42.) L. 2. C. de communium rerum alien. (4. 52.) Vergl. Cuiacii, paratitla in tit. Cod. de novationibus et delegationibus, und Meyerfeld, von der Schenkung, Th. 2, S. 242, Note a.

3) So iſt die Legaldefinition zu verſtehen von Ulpianus lib. 27. ad edictum. Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui iusserit, in L. 11. pr. D. de novationibus et delegationibus. (46. 2.) L. 10. §. 6. D. mandati. (17. 1.) Vergl. Cropp, juriſtiſche Abhandlungen, Bd. 2, S. 351, und Mühlenbruch, die Lehre von der Ceſſion der Forderungsrechte, S. 225, Note 427 (ed. 3). — In den gewöhnlichen Handbüchern beſtimmt man den Begriff der Delegation viel zu eng als die Handlung, wodurch der Schuldner einen anderen Schuldner mit deſſen und des Gläubigers Einwilligung an ſeine Stelle ſetzt.

4) L. 2. §. 1. D. de donat. (39. 5.) L. 33. §. 3. D. ibid. L. 7. pr. D. de doli mali exc. (44. 4.) Vergl. Meyerfeld, die Lehre von den Schenkungen, Th. 1, S. 243—247.

5) L. 13. D. 46. 2. L. 8. §. 4 u. 6. D. ad SC. Velleianum. (16. 1.) Vgl. Cropp a. a. O. Th. 2, S. 225.

6) L. 33. D. 46. 2. L. 21. pr. D. 39. 5. L. 5. §. 5. D. 44. 4. L. 41. pr. D. de re iud. (42. 1.) L. 33. §. 3. D. 39. 5. Vgl. Meyerfeld a. a. O. Th. 1, S. 278.

7) Anderer Meinung iſt Brissonius, de solutionibus et liberationibus lib. 2. p. 176, welcher in jeder Delegation eine Novation erblickt.

deren Worten, daß durch die neue aus der Delegation entstehende Verbindlichkeit eine alte Obligation ganz und gar aufgehoben werde; denn, wenn es schon in den meisten Fällen vorgekommen sein mag, daß eine Novation die Begleiterin von der Delegation war, so beschränkte sich dieß doch offenbar nur auf die Fälle, in welchen zwischen dem Deleganten und dem Delegatar oder dem Deleganten und dem Delegaten ein Obligationsverhältniß bestand; für die übrigen, wo gar keine Obligation vorlag, z. B. wenn schenkungshalber delegirt ward, verstand es sich von selbst, daß auch von einer Novation nicht die Rede sein komte [8]). Die wahren Erfordernisse der Delegation sind folgende: 1) Es müssen wenigstens mehr denn zwei Personen bei diesem Geschäfte betheiligt sein. Die einfachste Form der Delegation verlangt nur drei Personen, was man aus folgendem Falle am deutlichsten ersehen kann. Titius schuldet dem Seius 100 Thlr. und delegirt ihm seinen Schuldner, Caius, damit dieser durch Stipulation dem Seius sich verbindlich mache, diese Summe an denselben zu bezahlen. Allein in zusammengesetzten Delegationen werden manchmal vier, manchmal noch mehr Personen nöthig. Denn nicht allein von Seiten des Gläubigers, der durch die Delegation gedeckt werden soll, kann ein Substitut angenommen werden, welcher anstatt seiner sich vom Delegaten die fragliche Summe versprechen läßt [9]), sondern auch von Seiten des Deleganten kann der Auftrag zur Delegation anstatt an seinen Schuldner, vielmehr an den Schuldner des Letzteren, natürlich unter dessen Einwilligung gerichtet werden [10]). 2) Es müssen die betheiligten Personen alle zum vorzunehmenden Geschäfte einwilligen. Für den Delegans ergibt sich dieses schon daraus, daß die ganze, zwischen dem Delegatus und Delegatar vorzunehmende Handlung an die Autorisation des Deleganten gebunden ist, und gerade diese Autorisation ist es, welche in den römischen Rechtsquellen bald mit dem Kunstausdruck iussus, bald mit mandatum bezeichnet wird [11]), wobei es indeß nicht sowohl auf die Wortformel, als vielmehr auf das Personenverhältniß ankommt. Ja auch von einem ratum habere ist in Bezug auf den Delegans die Rede und dieß hat dann gleiche Wirkung mit dem Mandate [12]). Daß es ferner auch der Einwilligung des Delegatars bedürfe, ergiebt sich schon aus dem Umstande, daß derselbe mit dem Delegaten ein neues Geschäft abschließt, und wird auch durch ausdrückliche Zeugnisse erhärtet [13]). Was endlich den Delegatus angeht, so kommen wir auch in Rücksicht seiner fast aus den nämlichen Gründen zu dem gleichen Resultate; denn auch er schließt mit dem Delegatar ein Rechtsgeschäft ab, wozu

---

8) Vgl. Meyerfeld a. a. O. Th. 1, S. 245.

9) L. 11. pr. D. 46. 2. L. 10. §. 6. D. 17. 1. L. 5. D. 16. 1. L. 24. pr. D. ibid. L. 18. §. 1. D. de mortis causa donat. (39. 6.) Vergl. Meyerfeld a. a. O. Th. 1, S. 276.

10) L. 2. C. ad SC. Velleianum. (4. 29.)

11) Vgl. die Stellen bei Meyerfeld a. a. O. Th. 1, S. 243.

12) L. 22. D. 46. 2. Vgl. Meyerfeld a. a. O. Th. 1, S. 243.

13) L. 4. §. 3. D. de re indicata. (42. 1.) L. 6. §. 1. D. quibus modis pignus. (20. 6.) Vgl. Meyerfeld a. a. O. Th. 1, S. 250, Note g.

Digitized by Google

er doch nicht gezwungen werden kann, und außerdem bezeugen eine Reihe von Stellen, daß Niemand gegen seinen ausdrücklich erklärten Willen an einen Anderen delegirt werden könne[14]). Auch in den Fällen, wo vier oder mehrere Personen bei der Delegation betheiligt sind, müssen sämmtliche Interessenten ausdrücklich einwilligen. Fangen wir zunächst bei dem Falle an, wenn von der Seite des alten Gläubigers, d. h. des eigentlichen Delegatars, eine Substitut vorkommt, so ist es aus Stellen der classischen Juristen gewiß, daß ein solcher Substitut nur auf ausdrückliche Erklärung des eigentlichen Delegatars in den Delegationsnexus eintreten könne[15]). Und in Betreff des anderen Falles, wenn der Schuldner des Schuldners des Delegans delegirt wird, ergibt sich dasselbe Resultat aus einer Constitution Caracalla's[16]). 3) Der Delegatar und Delegatus müssen unter einander ein Geschäft eingehen, wodurch der Letztere dem Ersteren anstatt des Deleganten sich verpflichtet, und dieß Geschäft gerade ist so wesentlich bei der Delegation, daß davon die ganze Bedeutung und rechtliche Wirksamkeit der Delegation abhängt[17]).

Ihrem Wesen nach besteht die Delegation, wie sich bereits aus dem Gesagten hinreichend ergibt, aus einer förmlichen Handlung zwischen dem Delegatar und Delegaten, d. h. dem zwischen diesen Personen abzuschließenden Rechtsgeschäfte, und aus der an keine Form gebundenen Autorisation dazu von Seiten des Deleganten. Da nun diese die einzige dabei vorkommende persönliche Handlung des Letzteren ist, so hat es gar nichts Auffallendes, wenn in dem vulgären Sprachgebrauch der classischen Juristen der Ausdruck delegare nur auf diese allein bezogen wird[18]). Daß diese Autorisation in der That an keine Form gebunden sei, ergibt sich theils daraus, daß sie mündlich und schriftlich, ja sogar durch Winke ertheilt werden kann, theils daraus, daß sie auch dem zwischen dem Delegatar und Delegirten abgeschlossenen förmlichen Geschäfte in der Form der Ratihabition nachgebracht werden kann[19]). — Der andere Bestandtheil der Delegation, d. h. die zwischen dem Delegatar und Delegaten vorzunehmende förmliche Handlung stellte sich zur Zeit der classischen Juristen in dreifacher Gestaltung dar, entweder als Stipulation oder als Expensilation oder als Litiscontestation. Die Stipulationsform scheint am häufigsten vorgekommen zu sein, daher sie vorzugsweise in den betreffenden Titeln der Justinianischen Pandekten und des Codex

14) L. 1. C. 8. 42. L. 6. C. ibid. Eine Anwendung dieses Princips enthält L. 82. D. de iure dotium. (23. 3.)

15) L. 11. D. 46. 2: Vel cui iusserit. L. 10. §. 6. D. 17. 1: Deleget mihi vel si cui alii voluero.

16) L. 2. C. 4. 29: Vel ab eo (creditore suo) se vel debitorem suum delegari passa est.

17) L. 1. C. 8. 42. erwähnt nur gerade die Stipulation, als die gewöhnlichste Form für das genannte Geschäft. Vergl. Gesterding, Beitrag zu der Lehre von der Delegation, §. 3; im Archiv für civil. Praxis, Bd. 2, S. 229.

18) L. 17. D. 46. 2. Vergl. Keller, über Litiscontestation und Urtheil nach classischem römischen Rechte, S. 91, Note 6.

19) L. 22. D. 46. 2.

genannt wird[20]); auch kommt sie bei der Delegation im Gegensatze der nominis venditio in einer Constitution Alexander's so vor, als ob sie die einzige damals vorkommende Delegationsform gewesen wäre[21]), und von dem Standpunkte des Justinianischen Rechtes aus, wo die litterarum obligatio längst abgekommen war, läßt sich nicht mit Unrecht behaupten, daß die an nur Einer Stelle der Justinianischen Rechtsbücher[22]) vorkommende Delegation durch Litiscontestation in diesen Zeiten nur selten neben der Stipulationsform stattgefunden haben möge. Sonst hat die hier vorkommende Stipulation nichts vor den anderen Stipulationen voraus. Als Stipulator erscheint der Delegatar; als Promissor der Delegat. — Daß auch die Expensilation zur Perfection der Delegation angewendet worden ist, haben wir zuerst aus den Institutionen des Cajus erfahren[23]). Dieser Schriftsteller setzt die Eigenthümlichkeit der alten litterarum obligatio in die nomina transscripticia, welche mit den von jedem Hausvater zu führenden Hausbüchern über Ausgabe und Einnahme zusammenhingen. Von diesen bemerkt nun derselbe Schriftsteller weiter, daß die transscriptio bald a re in personam, bald a persona in personam geschehen könne. Jenes sei der Fall, wenn ich das, was mir Jemand aus einem Kaufe oder aus einer Miethe oder aus einem Gesellschaftsvertrage schuldet, als an ihn verausgabt in den Hausbüchern bemerke[24]). Dieses hingegen treffe dann zu, wenn mein Schuldner Titius der Bezahlung halber eine dritte Person mir delegirt, und ich den Betrag meiner Forderung an Titius als an den Delegirten verausgabt in meine Hausbücher eintrage. Im Justinianischen Rechte, wo die alten nomina transscripticia nicht mehr vorkommen[25]), ist natürlich auch die hier erörterte Form der Delegation abgekommen. — Daß auch durch Litiscontestation eine Delegation perficirt werden könne, sagt uns nur Ulpian[26]), und weiter ist davon weder in den Justinianischen Rechtsbüchern noch in den Fragmenten des vorjustinianischen Rechtes die Rede. Nach der Erklärung Keller's[27]) bestand diese Delegationsform darin, daß in Folge eines vorausgehenden Auftrages des Gläubigers zwischen dem Schuldner als Delegaten und einem Dritten als Delegatar eine Litiscontestation erfolgte, welche alsdann vermöge ihrer Natur die alte Obligation zwischen Gläubiger und Schuldner aufgehoben und die neue obligatio litis contestatae zwischen dem Delegatar und Delegaten an deren Stelle gesetzt habe, mit Ausnahme der iudicia, quae imperio

---

20) L. 11. §. 1. 19. 22. 27. 33. D. ibid. L. 1. 3. 5. 7. C. 8. 42. — Vgl. L. 32. D. de R. C. (12. 1.) L. 19. §. 3. D. de instit. act. (14. 3.) L. 59. pr. D. 23. 3. etc.

21) L. 1. C. 8. 42.

22) L. 11. §. 1. D. 46. 2.

23) Caius inst. III. §. 130: A persona in personam transscriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est, si Titius te delegaverit mihi.

24) Caius inst. III. §. 128. 129.

25) Tit. inst. de litterarum obligationibus. (3. 22.)

26) L. 11. §. 1. D. 46. 2.

27) Ueber Litiscontestation und Urtheil, S. 90, Note 5 u. 6.

continentur, da bei dieſen die Novation gefehlt habe. Dann ſei der Delegatar der cognitor in rem suam des Deleganten geworden, und die Formula habe nach Anleitung von Cajus[28]) ſo lauten müſſen: si paret Maevium Seio centum dare oportere, Maevium Titio centum condemno. Derſelbe Zweck habe indeß auch dadurch erreicht werden können, daß der Delegatar den Deleganten von Anfang an belangt, dieſer aber den Delegaten zum cognitor beſtellt habe. Auch Mühlenbruch[29]) iſt der Meinung, daß durch jede Litiscontestation mit einem Anderen als dem urſprünglichen Gläubiger oder Schuldner das Obligationsverhältniß zwiſchen dieſem und dem Gegner im Prozeſſe aufgehört habe, wenigſtens in allen Fällen, wobei jener nicht blos als bevollmächtigter Geſchäftsführer handelte[30]), doch behauptet er zugleich, daß hierauf der Unterſchied zwiſchen legitima iudicia und quae imperio continentur praktiſch ohne allen Einfluß geweſen ſei. Im Juſtinianiſchen Rechte, wo aller und jeder Unterſchied zwiſchen den angeführten iudicia verſchwunden iſt, ſcheint es, daß dieſe Delegationsform durch die Beſtellung des Delegatars zum procurator in rem suam des Deleganten oder durch die Beſtellung des Delegaten zum Defenſor des Deleganten verwirklicht worden ſei[31]).

Fragt man nach dem geſchichtlichen Urſprunge der Delegation, ſo ſcheint es, als ob ſie zunächſt als Tilgungsmittel von Obligationen, welche zwiſchen dem Delegatar und Deleganten beſtehen, in Anwendung gekommen. Darauf deutet nicht allein die Verbindung der Lehre mit den Novationen in den Juſtinianiſchen Pandekten[32]) und im Juſtinianiſchen Coder[33]), ſondern auch die faſt überall im Sprachgebrauch der claſſiſchen Juriſten wiederkehrende Bezeichnung des Delegatars durch creditor[34]). Nächſtdem ſcheint es aufgekommen zu ſein, außenſtehende Forderungen, die man doch nicht durch Tradition an Andere übertragen konnte[35]), auf dem Wege der Delegation Anderen zu überlaſſen[36]). Beiſpiele dieſer Art kommen nicht allein bei Schenkungen[37]), ſondern auch bei der Beſtellung eines Heurathsgutes[38]) u. ſ. w. vor. Eine ſpätere Anwendung der De-

28) Inst. comm. IV. §. 86.

29) A. a. O. S. 36, Note 64.

30) L. 3. C. 8. 42. L. 10. §. 1. D. de in rem verso. (15. 3.) L. 74. §. 2. D. de iudiciis et ubi. (5. 1.) L. 2. §. 5. D. ad SC. Vellei. (16. 1.) L. 23. D. de solutionibus. (46. 3.)

31) Vergl. L. 29. D. 46. 2. mit den in der vorigen Note angezogenen Stellen.

32) Tit. D. de novationibus et delegationibus. (46. 2.)

33) Tit. C. de novationibus et delegationibus. (8. 42.)

34) L. 11. pr. D. 46. 2. L. 12. L. 13. L. 19. L. 33. D. ibid. L. 3. u. 6. C. 8. 42. L. 5. §. 5. D. de doli mali et metus exc. (44. 4.) L. 21. D. de donationibus. (39. 5.)

35) Caius inst. II. §. 28.

36) Caius inst. II. 38. 39. Fr. Vat. 260.

37) Fr. Vat. §. 263. L. 39. D. de donat. inter V. et U. (24. 1.) L. 11. C. de donationibus. (8. 54.)

38) L. 2. C. de obligat. et actionibus. (4. 10.) Vgl. Haſſe, das Güterrecht der Ehegatten nach römiſchem Rechte, §. 255.

legation scheint es gewesen zu sein, wenn man sie benutzte, um Darlehnsobligationen einzugehen. Es geschah dieß in folgender Weise. Der künftige Gläubiger ließ, anstatt selbst den Betrag des Darlehns an den künftigen Schuldner zu zahlen, den Letzteren mit einem seiner (des Gläubigers) Schuldner eine Stipulation über den Betrag des Darlehns eingehen, und dieß war zu den Zeiten der classischen Juristen eine sehr gewöhnliche Art ein Darlehn abzuschließen [39]). Daß man endlich dem Delegaten [40]) erlaubte, durch die Delegation eine Schenkung an den Delegaten zu machen, und dem Deleganten zugestand, unter gleicher Form dem Delegatar zu schenken [41]), das sind wohl erst spätere Anwendungen der Delegation.

Was die Wirkungen der Delegation anbelangt, so werden sich dieselben am besten theils in Beziehung auf den Deleganten und sein Verhältniß zum Delegaten oder Delegatar, theils in Bezug auf das zwischen dem Delegaten und Delegatar neu entstehende Obligationsverhältniß detailiren lassen. Was nun zunächst den Deleganten anbetrifft, so äußert die Delegation in der Regel nur dann Wirkung auf ihn, wenn sie deßhalb geschieht, um ein zwischen ihm und dem Delegatar oder Delegaten bestehendes Obligationsverhältniß aufzulösen. In diesem Falle wird die alte Obligation zweifelsohne durch die neue, welche zwischen dem Delegaten und dem Delegatar entsteht, ganz aufgelöst, sofern nur die übrigen Erfordernisse der Novation zutreffen [42]). Denn die Delegation vertritt nach einer in den römischen Rechtsquellen allgemein verbreiteten Ansicht die Stelle der Zahlung [43]) nicht allein in Bezug auf die zwischen dem Delegatar und Deleganten bestehende Obligation, sondern auch in Bezug auf diejenige, welche zwischen dem Delegaten und Deleganten besteht, und wirkt in Betreff derselben die Liberation selbst dann, wenn der delegirte Schuldner nicht zahlungsfähig ist [44]). Ob aber zu dieser Aufhebung der alten Verbindlichkeit nach Justinianischem Rechte erforderlich sei, daß der animus novandi ausdrücklich erklärt werde, ist streitig. Denn wenn schon die älteren Rechtslehrer [45]) die Nothwendigkeit dieser Erklärung deßhalb in Abrede stellen, weil, wenn der Schuldner eines Anderen dem Gläubiger substituirt, der animus novandi nicht zweifelhaft sein könne, so spricht doch gegen diese Ansicht Justinian's eigene Constitu-

---

39) L. 9. §. 8. D. de R. C. (12. 1.) L. 32. D. ibid.

40) L. 33. D. 46. 2. L. 21. pr. D. 39. 5. etc.

41) L. 2. §. 1. D. 39. 5. L. 33. §. 3. D. ibid. etc.

42) L. 8. §. 3. D. ad SC. Velleianum. (16. 1.) L. 187. D. de V. S. (50. 16.) L. 18. D. de fideiuss. et mandat. (46. 1.) L. 26. §. 2. D. mandati. (17. 1.) L. 31. §. 1. D. 46. 2.

43) L. 8. §. 3. D. 16. 1. L. 8. §. 5. D. ibid. L. 18. D. 46. 1. L. 37. §. 4. D. de operis libertorum. (38. 1.) L. 31. §. 1. D. 46. 2.

44) L. 31. §. 1. D. 46. 2. L. 26. §. 2. D. 17. 1. L. 3. C. 8. 42. Vgl. Meyerfeld, die Lehre von den Schenkungen, Th. 1, S. 248.

45) Fachineus, controvers. lib. 2. cap. 54. Perez, ad tit. Cod. de novationibus nr. 12. Vinnius, ad §. 3. J. quibus modis oblig. toll. nr. 7. Huberus prael. in J. p. 852.

tion[46]), in welcher verordnet wird, daß der Wille, eine Novation vorzunehmen, immer ausdrücklich erklärt sein müsse, wenn nicht die vorige Verbindlichkeit fortdauern und die neuere als Anhang hinzutreten solle. Dessen nicht zu gedenken, daß man an einer Institutionenstelle, welche diesen Satz in Bezug auf die Constitution wiederholt, und gleich vorher die Novation und Delegation kurz erläutert, doch füglich eine Bemerkung darüber erwarten müßte, daß dieser Satz auf die Delegationen nicht anwendbar sei, wenn es wirklich die Absicht des Kaisers gewesen wäre, ihn auf die einfachen Novationen zu beschränken. Liegt keine Obligation zwischen dem Deleganten und dem Delegaten vor, so kann natürlich von einer Novation nicht weiter die Rede sein, aber weil in Folge der Delegation der Delegatar etwas ausgibt, was er sonst nicht auszugeben brauchte, so kann der Letztere gegen den Deleganten mit der Condiction seinen Regreß nehmen, sofern er nur nicht Schenkungs halber expromittirt hat[47]). Als Schenker wird aber nicht allein derjenige angesehen, welcher seine Absicht mit klaren, unzweideutigen Worten erklärt, sondern auch der, welcher dem Deleganten in der That schuldete und gegen dessen Klage die doli mali exceptio hätte brauchen können, falls er wissentlich expromittirt[48]). — Was aber ferner die Verhältnisse angeht, welche zwischen dem Delegatar und dem Delegaten aus der Delegation entstehen, so steht nicht zu bezweifeln, daß zwischen den genannten Personen eine ganz neue Obligation begründet wird[49]), gleichviel auf welche Weise die Delegation herbeigeführt wird, ob auf dem Wege der Stipulation, der Expensilation oder der Litiscontestation; denn selbst im letzten Falle, wo der alte Rechtsstoff materiell ungeändert blieb, — es war ja immer die Forderung des Mandanten, welche hier geltend gemacht wurde, nur von einem anderen Subjecte und mit neu hinzutretenden Wirkungen und Eigenschaften[50]), — entstand doch wenigstens formell eine neue Obligation, die obligatio litis contestatae, an der Stelle des in ius deducirten Klagerechtes. Diese neue Obligation, welche durch die Delegation begründet wird, ist völlig selbstständig, und von der alten novirten Verbindlichkeit ganz und gar unabhängig. Dieß ergibt sich nicht allein daraus, daß sie gerade durch ihr Entstehen die ältere Obligation aufhebt, und wenn sie von einer Suspensivbedingung abhängig gemacht worden ist, die erste wenigstens für so lange unwirksam macht, als noch Hoffnung da ist, daß die Suspensivbedingung in Erfüllung gehen könne[51]). Eine Folge dieser bei den römischen Juristen vorherrschenden Ansicht ist es, daß, wenn wir Jemand, der uns nichts schuldet, gleich als wäre er unser Schuldner, einem Anderen delegiren, und dieser hierauf dem Delegatar sich verbindlich macht, der Delegatar an seinen

46) L. 8. C. 8. 42. Vgl. Gesterding, Beitrag zur Lehre von der Delegation, §. 6, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 2, S. 232.

47) L. 12. u. 18. D. 46. 2. L. 9. §. 1. D. de cond. causa data, c. n. s. (12. 4) L. 78. §. 5. D. de iure dotium. (23. 3.)

48) L. 4. §. 20. D. de doli mali et metus except. (44. 4.)

49) L. 3. C. 8. 42.

50) L. 29. D. 46. 2.

51) L. 36. D. de R. C. (12. 1.)

Gläubiger eben so Zahlung leisten muß, als ob er dem Delegaten die gleiche Summe geschuldet hätte[52]), und dieß findet selbst dann statt, wenn der Delegant den Delegaten durch Betrug und falsche Vorspiegelungen zur Uebernahme dieser Verpflichtung gegen den Delegatar vermocht hat[53]). Nur dann, wenn der Delegant die Delegationsform benutzt hat, um dem Delegatar ein Geschenk zu machen, und der Nichtschuldner des Delegaten sich dem Delegatar verbindlich gemacht hat, wird dem Delegaten ausnahmsweise gestattet, sich entweder gegen die Klage des Delegatars mit der exceptio doli mali zu schützen, oder aber selbstständig gegen den Delegatar die incerti condictio anzustellen, damit er das ihm zuständige Forderungsrecht quittire[54]), und das Gleiche ist auch für den Fall anzunehmen, wenn der Delegans glaubte, er sei dem Delegatar etwas schuldig, und zur Tilgung der vermeintlichen Schuld die Delegation vorgenommen hat[55]). Auch läßt es sich nur aus dem oben angegebenen Gesichtspunkte erklären, wenn in den römischen Rechtsquellen ganz allgemein die Regel ausgesprochen wird, daß alle Einreden, welche der Delegat dem Delegaten, wenn dieser ihn verklagt, hätte entgegenstellen können, vom Ersteren gegen den Delegatar nicht gebraucht werden können[56]). Und als Grund dieses Rechtssatzes wird in den römischen Rechtsquellen der Umstand bezeichnet, daß der Delegatar, als Kläger ja nicht leicht wissen könne, was zwischen dem Delegaten und Delegaten vorgegangen sei, und, selbst wenn er dieß wüßte, doch sich so stellen müsse, als wüßte er nichts, um nicht indiscret zu erscheinen[57]). Endlich ergibt auch die Selbstständigkeit der neuen, aus der Delegation entspringenden Obligation, daß diese ganz und gar auf die Gefahr des Delegatars steht, und daß derselbe, falls der Schuldner zahlungsunfähig wird, nicht befugt ist, vom Delegaten den Ersatz des Fehlenden zu verlangen, selbst dann nicht, wenn durch die Delegation ein zwischen dem Delegatar und Delegaten bestehendes Schuldverhältniß aufgehoben worden ist[58]). Denn der Delegatar, welcher den Delegaten annimmt, wird so behandelt, als habe er sich mit der Persönlichkeit des Delegaten in Betreff der Obligation begnügen wollen (is, cui debitor delegatur, nomen eius sequi videtur)[59]), und mithin den Delegaten als alleinigen Schuldner anerkannt[60]). Eine Ausnahme

---

52) L. 12. u. 13. D. 46. 2. L. 9. §. 1. D. 12. 4. L. 46. §. 2. D. de iure dotium. (23. 3.) L. 19. D. 46. 2. L. 33. D. ibid. L. 21. D. de donationibus. (39. 5.) L. 5. §. 5. D. 44. 4. L. 4. §. 20. D. ibid.

53) L. 4. §. 20 u. 21. D. 44. 4.

54) L. 7. pr. D. 44. 4. L. 2. §. 4. D. de donationibus. (39. 5.)

55) L. 7. §. 1. D. 44. 4.

56) Vgl. die in Note 52 angezogenen Stellen.

57) L. 19. D. 46. 2.

58) L. 3. C. 8. 42. L. 26. §. 2. D. mandati. (17. 1.) L. 68. §. 1. D. de evictionibus. (21. 2.) L. 96. §. 2. D. 46. 3. L. 77. §. 18. D. de legatis II. (31.) Vgl. Meyerfeld a. a. O. Th. 1, S. 249, Note f.

59) L. 26. §. 2. D. 17. 1. L. 45. §. 7. D. ibid. L. 68. D. 21. 2.

60) L. 26. §. 2. D. 17. 1. L. 68. §. 1. D. 21. 2., vergl. mit L. 45. §. 7. D. 17. 1. L. 41. §. 3. D. 23. 3. L. 1. §. 10. D. de separationib. (42. 6.) L. 10. §. 10. D. quae in fraudem creditorum. (42. 8.) Vergl. Meyerfeld a. a. O. Th. 1, S. 250, Note g.

von dieser Regel kann durch besondere Verabredung der Parteien festgesetzt werden, was die römischen Rechtsquellen mit den Kunstausdrücken periculo debitoris ab aliquo stipulari, oder periculo suo debitorem suum delegare [61]) bezeichnen, und dann hat der Delegatar das Recht, seinen Regreß an den Deleganten mit der actio mandati contraria zu nehmen, wenn er den Delegaten vergeblich ausgeklagt hat [62]). Aus dem Gesagten ergibt sich zugleich soviel als gewiß, daß diejenigen nicht Recht haben können, welche die zuletzt genannte Wirkung der Delegation nur auf die Fälle beschränken, wo sie von Seiten des Deleganten geschieht, um eine Schuld gegen den Delegatar abzuzahlen. Denn wenn schon einige Stellen diese Wirkung gerade nur in Bezug auf den zuletzt genannten Fall erwähnen, so sprechen doch andere, welche über das periculum nominis entscheiden, die fragliche Regel ohne alle Beschränkung aus; dessen nicht zu gedenken, daß dieselbe nach dem Gesagten auch schon in der Natur der durch die Delegation neu begründeten Obligationsverhältnisse enthalten scheint. Heimbach.

**Depositenwesen** oder **Depositalwesen** nennt man die Art und Weise, in welcher die der gerichtlichen Aufbewahrung übergebenen Gegenstände von dem Gerichte aufbewahrt und verwaltet werden [1]). Den Inbegriff der darauf sich beziehenden Rechte und Verbindlichkeiten des Gerichtes kann man durch den Ausdruck Depositenamt bezeichnen [2]). Dem römischen Rechte ist zwar die Einrichtung bekannt, daß ein Schuldner, um sich von der Verbindlichkeit zu befreien, die schuldige Geldsumme, welche der Gläubiger nicht annehmen will, entweder im Tempel oder an einem anderen sicheren Orte, welchen der Richter anweist, deponiren kann [3]), aber die Deposition im Gerichte selbst, durch welche die moralische Person des Gerichtes zum Depositar wird, ist ein eigenthümliches Institut des germanischen Rechtes, welches durch die verschiedenen Depositenordnungen der einzelnen Staaten regulirt zu sein pflegt [4]). Das Depositenamt an und für sich gehört seinem Begriffe nach zu der freiwilligen Gerichtsbarkeit, obgleich es vorkommen kann, daß die Anordnung einer gerichtlichen Deposition von dem Richter bei Ausübung der streitigen Gerichtsbarkeit verfügt worden ist. Die gerichtliche Deposition kann von dem Richter

---

61) L. 45. §. 7. D. 17. 1. L. 22. §. 2. D. ibid. L. 6. D. 23. 5. §. 2. J. de mandato. (3. 27.)

62) L. 22. §. 2. D. 17. 1.

1) Puchta, Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (2. Ausg., 1832), Bd. 2, S. 344 flg.

2) Puchta, der Dienst der teutschen Justizämter (1830), Th. 2, S. 592 flg.

3) L. 7. §. 2. D. de minoribus. (4. 4.) L. 39. D. de solutionib. (46. 3.) L. 19. C. de usuris. (4. 32.) L. 9. C. de solutionib. (8. 43.)

4) Z. B. allgemeine Depositalordnung für die Ober- und Untergerichte der sämmtlichen königlich preußischen Lande, vom 15. September 1783. Großherzoglich sachsen-weimarisches Gesetz über die sichere Verwahrung und Ausleihung der gerichtlichen Depositen, vom 14. Mai 1821. Ueber die königlich sächsischen Gesetze vergl. Haubold, Lehrbuch des königl. sächs. Privatrechtes, §. 293.

sowohl von Amtswegen, als auch auf Antrag der Interessenten angeordnet werden; in jedem Falle aber muß ein genügender rechtlicher Grund dazu vorhanden sein. Denn theils kann ohne besonderen Rechtsgrund Niemand zugemuthet werden, die Aufbewahrung und Verwaltung ihm gehöriger Gegenstände dem Gerichte zu überlassen, theils kann das Gericht nicht willkürlich mit einer Obliegenheit beschwert werden, welche eigentlich den Einzelnen, zu deren Vermögen diese Sachen gehören, selbst zukommt. Die Fälle, in welchen Sachen zum gerichtlichen Depositum genommen werden können oder sollen, sind sehr mannigfaltig und in den verschiedenen Particularrechten verschieden bestimmt. Abgesehen von der gerichtlichen Deposition, durch welche der Schuldner Zahlung leistet, wenn der Gläubiger die schuldige Summe nicht annehmen will [5]), geschieht es vorzüglich zur Sicherstellung der dabei interessirten Personen, daß gewisse Sachen entweder auf ihren Antrag oder von Amtswegen zum gerichtlichen Depositum genommen werden. Namentlich ist häufig vorgeschrieben, daß Mündelgelder oder zu einer Concursmasse gehörige Gelder gerichtlich deponirt werden sollen. Auch kann wegen streitigen Besitzes oder wegen Sicherstellung für zukünftig entstehende Ansprüche die gerichtliche Deposition einer Sache verfügt werden [6]). Oftmals bringt es auch die Verwaltung des Hypothekenbuches mit sich, daß Gelder in das gerichtliche Depositum bezahlt werden, z. B. wenn der Käufer die Kaufgelder für das erkaufte Gut erlegt, damit die darauf haftenden Realschulden vor Gericht getilgt werden und aus irgend einem Grunde, z. B. wegen mangelhafter Legitimation, noch ein Hinderniß entgegensteht, das Geld dem Gläubiger sofort auszuantworten, oder wenn ein hypothekarisches Darlehn vor Gericht ausgezahlt wird, um damit eine ältere Hypothekschuld abzutragen und deren Stelle einzunehmen, und der frühere Gläubiger das Geld nicht sogleich in Empfang nehmen kann [7]). Gegenstand des gerichtlichen Depositums können nur solche Sachen sein, welche sich ihrer Natur nach zum sicheren gerichtlichen Verschlusse eignen. Hauptsächlich ist das mit Geldern, Pretiosen und Documenten der Fall. In Ansehung anderer Effecten hängt es davon ab, ob sie unbeschadet ihrer Güte unter Verschluß genommen werden können, wie sich z. B. von selbst versteht, daß lebendige Thiere oder solche Gegenstände, die mit der Zeit in Gährung und Fäulniß übergehen, nicht deponirt werden können, und ob sie nicht größeren Raum einnehmen, als das dazu bestimmte Local (Depositorium), bietet, wie z. B. Vorräthe von Holz oder Getreide ebenfalls kein Gegenstand des Depositums sein können. Wenn in Ansehung solcher Gegenstände, die nicht deponirt werden können, ein Grund der Deposition eintritt, so muß das Gericht in anderer Weise für die Sicherheit der Betheiligten sorgen, indem es jene Gegenstände entweder an den Meistbietenden verkauft, oder unter Sequester stellt, oder sonst nach Maßgabe der Um-

5) Vergl. über diese Deposition den folg. Art.

6) Z. B. oft muß sich der Kläger im Prozesse die Deposition des iudicatum gefallen lassen, um den verurtheilten Beklagten wegen seiner ad separatum verwiesenen Einreden sicher zu stellen.

7) Puchta, der Dienst der teutschen Justizämter, S. 594.

stände sicher zu verwahren sucht [8]). Im Allgemeinen steht das gerichtliche Depositum unter den Grundsätzen des römisch-rechtlichen Depositums, so weit nicht durch den Umstand, daß der Depositar eine öffentliche Behörde ist, zu deren Amtspflicht die ordnungsmäßige Aufbewahrung der deponirten Sachen gehört, nothwendige Modificationen eintreten. Das Gericht hat daher vor Allem die Pflicht, die Sachen ordentlich aufzubewahren und dem Deponenten seiner Zeit zurückzugeben. In Ansehung der Art der Aufbewahrung darf sich aber das Gericht nicht auf die Sorgfalt beschränken, welche dem Depositar bei dem gewöhnlichen, rein privatrechtlichen Depositum obliegt [9]). Zur möglichst sicheren Aufbewahrung sind vielmehr besondere Locale, Depositorien, eingerichtet, welche gegen äußere Gewalt und Gefahr gehörig befestigt sind, und in welchen allein die deponirten Sachen verwahrt werden dürfen. Um auf der anderen Seite die Deponenten gegen die Gefahr sicher zu stellen, die aus der etwaigen Untreue Derer entstehen könnte, welchen die Depositen übergeben werden, stehen die Depositorien unter mehrfachem Verschlusse, in der Weise, daß dieselben nicht anders als nach Eröffnung mehrerer von einander verschiedener Schlösser, deren Schlüssel verschiedenen Personen anvertraut werden, eröffnet werden können. Durch diese Einrichtung wird die Wahrscheinlichkeit von Veruntreuungen bedeutend vermindert, indem darnach nicht anders, als in Gegenwart sämmtlicher Schlüsselinhaber, welche Depositarien genannt werden und deren Anzahl gewöhnlich auf drei festgesetzt ist, etwas in das Depositorium hineingethan oder aus demselben herausgenommen werden kann. Eine Veruntreuung wird zwar dadurch nicht geradezu unmöglich gemacht, kann aber doch nur unter der Voraussetzung vorkommen, daß entweder sämmtliche Depositarien im Complotte sind, oder daß wenigstens die übrigen Depositarien insofern pflichtvergessen handeln, als sie ihre Schlüssel in die Hände des Veruntreuenden gelangen lassen. Denn es ist bei dieser Einrichtung die unbedingte Pflicht jedes einzelnen Depositars, seinen Schlüssel Niemand, und vorzüglich keinem der übrigen Depositare anzuvertrauen, auch wenn er noch so viel Grund haben sollte, denselben persönliches Zutrauen zu schenken [10]). Auch ist es, damit die Einrichtung des mehrfachen Verschlusses ihren Zweck nicht verfehle, erforderlich, daß kein Depositar für sich allein, ohne Zuziehung der beiden anderen Depositarien, Geld als gerichtliches Depositum anzunehmen im Stande ist. Darum besteht häufig die Vorschrift, daß Einlagen in das gerichtliche Depositum nicht anders, als gegen eine von sämmtlichen Depositarien ausgestellte Quittung geschehen dürfen, und daß nur diejenigen Depositen, welche durch eine solche Quittung, die Depositenschein genannt zu werden pflegt, belegt werden können, von dem Gerichte anerkannt und gewährt werden. Eine fernere Controle müssen die gehörig geführten De-

8) Puchta a. a. O. S. 599.

9) Puchta a. a. O. S. 600–604.

10) Wenn einer der Depositarien verhindert sein sollte, der Eröffnung des Depositorium beizuwohnen, so muß, wenn die Sache keinen Aufschub leidet, eine ordentliche Substitution durch ein anderes Gerichtsmitglied oder durch eine Subalternperson eintreten. Puchta a. a. O. S. 602.

positenbücher, in welche alle eingegangenen sowohl als wieder zurückgegebenen Depositen eingetragen werden müssen, sowie die theils zu bestimmten Zeiten, theils aber auch unerwartet von den vorgesetzten Behörden vorzunehmenden Cassenvisitationen gewähren. Daß der Deponent das gerichtliche Depositum nicht, wie das rein privatrechtliche, zu jeder Zeit von dem Depositar zurückfordern könne, liegt in der Natur des ganzen Institutes, da die gerichtliche Deposition oftmals von Amtswegen vorgenommen werden muß, und also nicht eher wieder aufgehoben werden kann, als bis der Grund hinweggefallen ist, aus welchem sie angeordnet wurde. Dagegen versteht sich von selbst, daß das Gericht alsdann ebenfalls von Amtswegen zur Zurückgabe der deponirten Sachen verpflichtet ist, und nicht erst einen etwaigen Antrag der Betheiligten abwarten darf. Oftmals kommt es vor, daß die zum Rückempfange berechtigten Personen unbekannt sind, in welchem Falle Edictalladungen von dem Gerichte erlassen werden müssen.

Die Obliegenheit des Gerichtes in Beziehung auf die bei ihm deponirten Sachen pflegt aber in vielen Fällen nicht auf die ordnungsmäßige Aufbewahrung und gehörige Wiederablieferung beschränkt zu sein, sondern sich auch auf eine vortheilhafte Verwaltung derselben zu erstrecken. In Ansehung von Pretiosen und Effecten kann zwar von nutzenbringender Verwaltung keine Rede sein, indem dieselben in natura, und ebenso wie sie in das Depositum gebracht worden, zurückgegeben werden müssen; allein das deponirte baare cursirende Geld läßt sich, wenn sichere Gelegenheit dazu vorhanden ist, verzinslich ausleihen, ohne daß der Zweck der gerichtlichen Deposition dadurch vereitelt wird. Hinsichtlich derjenigen Gelder, welche nach gesetzlicher Vorschrift deponirt werden müssen, erfordert es die Gerechtigkeit, daß von Amtswegen für die verzinsliche Ausleihung gesorgt werde, damit die Eigenthümer nicht durch das Gesetz selbst in Schaden gerathen, und auch bei den anderen Geldern, welche nur auf Antrag der Interessenten deponirt worden sind, ist es ein Vortheil für den Einzelnen sowohl, als für das allgemeine Beste, daß sie dem Verkehre nicht gänzlich entzogen werden. Daher ist es wohl überall, wo Mündelgelder gerichtlich deponirt werden müssen, als Grundsatz angenommen, daß dieselben wieder verzinslich ausgeliehen werden müssen, und ebenso ist auch für andere deponirte Gelder häufig die Einrichtung getroffen, daß dieselben verzinslich untergebracht werden können[11]). Es kommt nur darauf an, daß die Gel-

11) In dem preußischen Depositalwesen, welches überhaupt musterhaft ist, sind die Pupillendepositen, deposita pupillaria, von den übrigen Depositen, deposita iudicialia, durchaus getrennt, und werden für beide besondere Cassen gehalten und besondere Bücher und Rechnungen geführt. Beide Arten von Depositen werden in der Weise verwaltet, daß für jeden Interessenten zuvörderst ein Specialdepositum, eine besondere Masse gebildet wird, welche aus dem besteht, was sich von ihm in dem Depositum befindet. Insofern eine Masse aus Documenten, Pretiosen oder anderen Effecten besteht, wird sie besonders aufbewahrt, damit keine Irrung entstehe, in welche Masse dieses oder jenes Stück gehöre. Das baare Geld dagegen, welches zu einer Masse gehört, wird zwar in den Büchern ebenfalls als zu derselben gehörig berechnet, in natura aber mit dem baaren Gelde aus anderen Massen zusammengeworfen, und ein Generaldepositum daraus gebildet, aus welchem die Darlehne gegeben werden. Die Documente über

der mit der gehörigen Sicherheit untergebracht werden, in welcher Beziehung meistens verordnet ist, daß sie nur in inländischen, unter öffentlicher Auctorität stehenden Banken oder in inländischen Staatspapieren angelegt, oder an Privatpersonen nicht anders, als gegen vollkommen sichere Pfänder oder Hypotheken ausgeliehen werden sollen. Die verwaltende Thätigkeit des Depositenamtes besteht dabei vorzüglich theils in der Ausmittelung guter Gelegenheiten, das Geld sicher unterzubringen, theils in der regelmäßigen Einziehung der Zinsen, theils endlich in einer gewissen Beobachtung der Umstände des Schuldners, insofern aus einer Verschlimmerung derselben Gefahr für die ausgeliehenen Gelder entstehen könnte. Es kommt auch vor, daß Staatspapiere oder andere Documente über ausstehende Activa gerichtlich deponirt werden. Und auch in diesem Falle muß das Depositenamt für zeitige Einziehung der Zinsen Sorge tragen und auch in der angegebenen Beziehung die Umstände des Schuldners unter einer gewissen Controle halten.

Inwiefern von Seiten des Gerichtes für die deponirten Sachen gehaftet werden müsse, und wer den Ersatz zu leisten habe, wenn von denselben etwas abhanden gekommen, hängt davon ab, ob dabei Jemandem und wem eine Uebertretung der ihm obliegenden Verbindlichkeiten zur Last gelegt werden könne. Denn es kann keinem Zweifel unterliegen, daß alle Diejenigen solidarisch verpflichtet sein müssen, den Schaden zu ersetzen, welche durch die Vernachlässigung ihrer Amtspflicht daran Schuld gewesen, daß derselbe eingetreten war [12]). Ist der Schaden entstanden wegen mangelhafter Beschaffenheit der Depositalbehältnisse, weil dieselben gegen Feuersgefahr und äußere Gewalt nicht hinlänglich verwahrt waren, so muß der Gerichtsherr dafür haften, da diesem im Allgemeinen die Verbindlichkeit obliegt, für die gehörigen Localitäten zu sorgen. Daneben aber haben die Depositarien die Verpflichtung, auch von ihrer Seite für die gehörige Beschaffenheit der Depositalbehältnisse insofern Sorge zu tragen, als sie den Gerichtsherrn auf die nöthig werdenden Reparaturen aufmerksam machen müssen. Daher muß die Verantwortlichkeit sie, und nicht den Gerichtsherrn treffen, wenn der eingetretene Schaden der Vernachlässigung dieser Verpflichtung zugeschrieben werden kann. Wenn ausgeliehene Gelder verloren gehen, so müssen Diejenigen den Schaden ersetzen, welche nicht in der schuldigen Weise für die Sicherheit gesorgt hatten. Das kann theils die Depositarien treffen, wenn sie ausgeliehen hatten, ohne sich Hypothek bestellen zu lassen, welche sie nach Lage der Sache für genügend halten konnten, theils die Taxatoren, wenn sie durch unrichtige Taxen die Depositarien zum Ausleihen veranlaßt hatten. Wenn der Schaden durch Veruntreuung eines der Depositarien verursacht war, so können auch die übrigen Depositarien dafür verantwortlich gemacht werden, wenn sie dem-

---

die Darlehne, welche aus den auf diese Weise zusammengeworfenen Geldern gegeben werden, werden nicht auf den Namen der einzelnen Massen, welche dazu beitragen, gestellt, sondern auf den Namen der Verwaltung des Depositums, indem einer jeden Masse ihr Antheil davon bloß in den Rechnungen zugeschrieben wird.

12) Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes, Th. 2, §. 491.

selben durch Vernachlässigung ihrer Pflichten die Veruntreuung möglich gemacht hatten. Auch können die den Depositarien vorgesetzten Behörden der Verantwortung unterliegen, wenn ihnen eine Vernachlässigung ihrer Pflicht in Ansehung ihrer Aufsicht über die Depositen zur Last gelegt werden kann. Nur wenn Niemandem von Denjenigen, welchen in Beziehung auf das Depositenwesen bestimmte Pflichten obliegen, eine Verletzung derselben nachgewiesen werden kann, welche mit dem eingetretenen Schaden in Zusammenhange steht, muß denselben nach bekannten Grundsätzen der Eigenthümer der deponirten Gegenstände als ein Unglück tragen.

Da die gerichtliche Deposition zum Vortheile Derer geschieht, für welche sie vorgenommen wird, so müssen diese auch eine gewisse Depositalgebühr dafür entrichten. Die Größe derselben richtet sich nach dem Werthe der deponirten Gegenstände, und beträgt bei baarem Gelde ein halbes oder auch ein ganzes Procent, welches bei der Zurückzahlung sogleich in Abzug gebracht zu werden pflegt. Eine Ausnahme sollte, wie auch nach manchen Depositenordnungen geschieht, in Ansehung der Mündelgelder gemacht werden, indem, wo dieselben deponirt werden müssen, die Depositalgebühren allerdings den Anschein einer unumgänglich zu entrichtenden Abgabe annehmen. Indessen mag es sich rechtfertigen lassen, daß von dem Vermögen wohlhabender Pupillen ein geringer Beitrag zur Bestreitung der bedeutenden Depositalunkosten erhoben wird. Luden.

**Deposition** ist die von einem Schuldner in das gerichtliche Depositum geleistete Zahlung einer Geldschuld, für den Fall, daß der Schuldner, ungeachtet seiner Bereitwilligkeit dazu, nicht unmittelbar an den Gläubiger bezahlen kann. Eine solche Deposition hat die Wirkung der Zahlung, so daß durch sie die Verbindlichkeit vollständig aufgehoben wird[1]). Diese Deposition findet hauptsächlich in dem Falle statt, da der Gläubiger die Annahme der Zahlung ohne Grund verweigert oder derselben sonstige Schwierigkeiten entgegensetzt. Eine Klage darauf, daß der Gläubiger die Erfüllung einer Leistung annehme, kann es der Natur der Sache nach nicht geben; aber auf der anderen Seite kann der Schuldner durch die von Seiten des Gläubigers verweigerte Annahme natürlich auch nicht genöthigt werden, die Verbindlichkeit länger auf sich zu behalten. Sind andere Sachen, als Geld, Gegenstand der Leistung, so ist, wie die Gesetze ausdrücklich anerkennen, der Schuldner nach vorhergegangener vergeblicher Aufforderung des Gläubigers ermächtigt, dieselben preiszugeben, und sich damit von der Verbindlichkeit zu befreien[2]); in Ansehung einer Geldschuld ist aber eine solche Preisgebung nicht gestattet, indem sich der Schuldner hier der Deposition bedienen muß, welche bei den Römern in den Tempel oder an einen anderen von dem Richter anzuweisenden sicheren Ort gemacht werden konnte[3]), heutiges Tages aber in das gerichtliche Depositum

1) Glück, Erläuterung der Pandekten, Bd. 4, S. 420. Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes, §. 465.

2) L. 1. §. 3. D. de periculo et commodo rei venditae. (18. 6.) L. 105. D. de V. O. (45. 1.)

3) Vergl. die in der Note 3 zum vorigen Artikel citirten Stellen, und au-

gemacht werden muß. Soll die gerichtliche Depoſition, welche in Folge der von Seiten des Gläubigers verweigerten Annahme vorgenommen wird, die Wirkung haben, den Schuldner von der Verbindlichkeit zu befreien, ſo müſſen folgende Erforderniſſe dabei beobachtet worden ſein. Zuvörderſt muß die Zahlung dem Gläubiger in einer Weiſe angeboten worden ſein, daß er in der That dieſelbe anzunehmen verbunden war. Dazu gehört, daß ihm die Sache zur rechten Zeit, am rechten Orte und vollſtändig angeboten worden war [4]). Ferner muß die Annahme der Zahlung von dem Gläubiger verweigert worden ſein, was der Schuldner nöthigen Falles beweiſen muß [5]). Endlich muß die Depoſition vor dem competenten Gerichte erfolgen [6]). War ein beſtimmter Zahlungsort verabredet, ſo iſt das Gericht dieſes Ortes als das competente anzuſehen, weil die Depoſition die Stelle der Zahlung vertritt und daher an dem Orte geſchehen muß, wo dieſe vor ſich gehen ſollte [7]). In den übrigen Fällen iſt dagegen das Gericht des Beklagten das competente Gericht, weil der Gläubiger immer dem Gerichte des Beklagten folgen muß. Weitere Förmlichkeiten ſind übrigens, wenigſtens gemeinrechtlich, bei dieſer Depoſition nicht zu beobachten. Mehrere Rechtslehrer ſtellen zwar das Erforderniß auf, daß der Gläubiger vorgeladen werden müſſe, der Depoſition beizuwohnen (ad videndum deponi) [8]); allein es kann dieſes geſetzlich nicht nachgewieſen werden. Indeſſen iſt es zweckmäßig, dieſe Vorladung nicht zu unterlaſſen, zumal wo dieſelbe einmal hergebracht iſt, da doch dabei immer noch ein Verſuch gemacht werden kann, den Gläubiger zur Annahme des angebotenen Geldes zu beſtimmen [9]). Daß das deponirte Geld verſiegelt werde, wird dagegen im römiſchen Rechte allerdings erfordert [10]). In der Praxis wird indeſſen die Verſiegelung zur giltigen Depoſition nicht für nothwendig gehalten [11]). Das findet auch ſeine Rechtfertigung in dem Umſtande, daß bei der Einrichtung unſerer heutigen Depoſitorien, welche den Römern unbekannt waren, die Verſiegelung zwecklos zu ſein ſcheint. Eine unter Beobachtung der bisher angegebenen Erforderniſſe bewirkte Depoſition pflegt man wohl auch depositio solennis zu nennen, und von derſelben eine depositio minus solennis zu unterſcheiden, bei welcher dieſe Erforderniſſe, namentlich die vorhergegangene Anbietung des Geldes von Seiten des Schuldners, und die Verweigerung der Annahme von Seiten des Gläubigers nicht beobachtet werden konnten [12]). Es kann nämlich vorkommen, daß der Gläubiger unbekannt iſt, indem z. B. nach

---

ſterdem L. 7. D. de usuris (22. 1.), u. L. 10. L. 12. C. de pignerat. act. (4. 26.)

4) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. §. 464, 466 u. 467.

5) Vgl. Puchta, der Dienſt der teutſchen Juſtizämter, Th. 2, S. 596.

6) L. 19. C. de usuris. (4. 32.)

7) Glück a. a. O. Note 74.

8) Lauterbach, colleg. Pandect. lib. 46. tit. 3. §. 43. Höpfner, Commentar, §. 982.

9) Glück a. a. O. Note 75. Puchta a. a. O. S. 596.

10) Vgl. die Note 3 angeführten Stellen.

11) Puchta a. a. O. S. 597.

12) Puchta a. a. O.

eingetretenem Tode des Darleihers seine Erben noch nicht ermittelt werden konnten. In solchen Fällen hat natürlich die Deposition auch ohne vorhergegangene Anerbietung zur Zahlung die Wirkung, den Schuldner vollständig von seiner Verbindlichkeit zu befreien. Auch kann der Schuldner durch ein richterliches Verbot verhindert sein, dem Gläubiger die Zahlung anzubieten oder wirklich zu leisten. Auch hier steht es dem Schuldner frei, sich durch einfache Deposition der schuldigen Summe seiner Verbindlichkeit zu entledigen. Luden.

**Depositum**, Hinterlegungs- oder Verwahrungsvertrag ist ein Realvertrag, der darin besteht, daß Jemand einem Anderen eine bewegliche Sache zum Zwecke unentgeltlicher Aufbewahrung und unter der Verpflichtung zu jederzeitiger Restitution überliefert [1]). Der Empfänger wird dabei depositarius, der Geber deponens oder depositor genannt. Aus der Natur des Depositums als eines Realvertrages folgt von selbst, daß der Vertrag erst perfect wird durch die wirkliche Uebergabe der zu deponirenden Sache [2]). Ein von Jemand ausgestellter Depositionsschein, in welchem er den Empfang deponirter Sachen bescheinigt, kann zwar dem Deponenten als Beweismittel für die wirklich bewirkte Uebergabe dienen, aber an und für sich für den Aussteller nicht die Verbindlichkeit begründen, jene Sachen dem Empfänger des Scheines zu überliefern [3]). Daß die Uebergabe von dem Deponenten persönlich an den Depositar erfolge, ist gerade nicht erforderlich; vielmehr kann die aus dem Depositum entspringende Obligation zwischen Deponenten und Depositar begründet werden, wenn auch die Uebergabe und Empfangnahme der Sachen in ihrem Namen zwischen anderen Personen vor sich gegangen war [4]). Der Natur der Sache nach können nur bewegliche Sachen den Gegenstand des Depositums bilden, wie sich denn auch in den Gesetzen kein Beispiel von Depositum unbeweglicher Sachen findet [5]). Zwar kann Jemand einem Anderen die Wache und Aufsicht auch über seine unbeweglichen Sachen übertragen; allein diesem Verhältnisse liegt kein Depositum, sondern Mandat zu Grunde. Es ist nicht ohne Wichtigkeit, diesen Unterschied zu machen, weil der Mandatar nach anderen Grundsätzen, als der Depositar, für culpa einstehen muß [6]). Es ist nicht nothwendig, daß die deponirte Sache dem Deponenten eigenthümlich zugehöre [7]), indem sogar der Dieb oder Räuber

---

1) Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes, §. 585.

2) §. 3. J. quib. mod. re contrah. oblig. (3. 14.)

3) L. 26. §. 2. D. depositi. (16. 3.) Dabei versteht sich von selbst, daß der Aussteller des Depositionsscheines die exceptio non numeratae pecuniae nicht mit der Wirkung gebrauchen kann, daß der Andere noch den Beweis führen müßte, er habe die Sachen in der That überliefert. Vielmehr liegt dieser Beweis in dem Depositionsscheine, so daß der Aussteller, wenn er dennoch leugnet, die Sachen empfangen zu haben, den Beweis des Nichtempfanges liefern muß. Vgl. Glück, XII. S. 176.

4) Vgl. Glück, XV. S. 140.

5) Vgl. Glück, XV. S. 146 flg.

6) Glück a. a. O., wo auch die älteren Rechtslehrer genannt sind, welche ein Depositum an beweglichen Sachen annehmen.

7) L. 9. C. de pignerat. action. (4. 26.)

giltiger Weise deponiren kann [8]). Nur darf die Sache nicht Eigenthum des Depositars selbst sein, weil dieser durch die bloße Uebergabe nicht die Verpflichtung erhalten könnte, seine eigene Sache zu restituiren [9]). Das Wesen des Depositums bringt es mit sich, daß dem Depositar für seine Mühe kein Lohn ausbedungen wird. Vielmehr würde dadurch das Verhältniß in einen anderen Contract übergehen, entweder in einen Miethcontract, wenn Geld, oder in einen Innominatcontract, wenn etwas Anderes für die Dienste geleistet werden sollte [10]). Indessen wird Begriff und Dasein des Depositums dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Deponent dem Depositar eine freiwillige Vergeltung für seine Mühewaltung gewährt [11]). Der Zweck, wegen dessen die deponirten Sachen übergeben und übernommen werden, muß darauf gerichtet sein, daß der Depositar dieselben aufbewahren solle. Durch diesen Zweck, welcher dem Depositum wesentlich und ausschließlich zu Grunde liegen muß, unterscheidet sich dasselbe von anderen Rechtsgeschäften, bei welchen die von einem Anderen erhaltene Sache zwar auch aufbewahrt werden muß, ohne daß jedoch die Aufbewahrung den ausschließlichen und ursprünglichen Zweck des Rechtsgeschäftes bildet [12]). Daher ist es kein Depositum, sondern Mandat, wenn Jemandem eine Sache in der Absicht übergeben wird, daß er dieselbe einem Dritten in Verwahrung geben und, wenn dieser sich weigere, selbst aufbewahren solle [13]). Ebenso ist es Mandat und nicht Depositum, wenn Jemandem aufgetragen wird, sich von einem Dritten, der eine Sache bereits in Verwahrung hatte, dieselbe geben zu lassen, und selbst aufzubewahren [14]). Denn der ursprüngliche Contract in beiden Fällen ist das Mandat, aus welchem der Zweck und die Pflicht der Aufbewahrung nur als weitere Folge hervorgegangen ist. Bei vielen anderen Geschäften wird zwar vorausgesetzt, daß der Andere die erhaltene Sache gehörig aufbewahre, ohne daß jedoch hierin der eigentliche Zweck bestände, weßhalb denn dabei von einem Depositum keine Rede sein kann. So ist es Mandat, wenn dem Advocaten zur Führung des Prozesses Documente übergeben werden [15]), Pfandcontract, wenn dem Gläubiger zu seiner Sicherheit eine Sache ausgehändigt wird, Commodat, wenn Jemandem eine nicht fungible Sache unentgeltlich, Miethcontract, wenn sie ihm gegen eine Geldleistung zum Gebrauche überlassen wird, obgleich bei allen diesen Geschäften auch an gehörige Aufbewahrung gedacht wird. Wenn Jemandem fungible Sachen zum Aufbewahren übergeben worden sind, aber mit der Erlaubniß, dieselben zu gebrauchen, so wird auch hierdurch die Natur des Geschäftes als eines Depositums aufgehoben. Dasselbe wird vielmehr zum Darlehn, und zwar, wenn der Depositar um diese Erlaubniß nachgesucht hatte, sofort mit der

8) L. 1. §. 39. L. 31. §. 1. D. h. t. (16. 3.)
9) L. 31. §. 1. cit. L. 15. D. h. t. L. 45. D. de R. J. (50. 17.)
10) L. 1. §. 8. 9. 10. D. h. t.
11) L. 2. §. 24. D. de vi bonor. rapt. (47. 8.)
12) Glück a. a. O. S. 141 u. 142.
13) L. 1. §. 12. D. h. t.
14) L. 1. §. 13. eod.
15) L. 8. pr. D. mandati. (17. 1.)

Verwilligung derselben [16]), oder, wenn der Deponent dem Depositar diese Erlaubniß aus freien Stücken angeboten hatte, mit dem wirklichen Gebrauche [17]). Denn in diesem letzteren Falle gibt sich der Wille des Depositars, die Sache nicht blos zum Zwecke der Aufbewahrung inne zu haben, erst mit dem wirklichen Gebrauche derselben zu erkennen, so daß bis dahin das Geschäft als Depositum gelten muß [18]).

Was nun die Wirkungen des Depositums betrifft, so bestehen die Verbindlichkeiten, welche der Depositar mit demselben auf sich nimmt, und auf deren Erfüllung er von dem Deponenten mit der actio depositi directa belangt werden kann, in Folgendem. Zuvörderst muß er die Sache in der gehörigen Weise aufbewahren. Was in dieser Beziehung dem Depositar obliegt, wird in den Gesetzen custodia rei genannt [19]). Custodia ist aber hier nicht in der engeren technischen Bedeutung gemeint, in welcher das Wort die Verpflichtung zu möglichster Sorgfalt bedeutet, sondern in dem Sinne des gewöhnlichen Lebens, nach welchem man eine solche Wachsamkeit darunter versteht, welche sich bei Aufbewahrung einer Sache keine groben Nachlässigkeiten zu Schulden kommen läßt [20]). Denn im Allgemeinen braucht der Depositar nur für dolus und culpa lata zu haften [21]), so daß er, wenn die Sache untergeht, verdirbt oder abhanden kommt, nur alsdann Ersatz oder Entschädigung zu leisten braucht, wenn ihm dabei wirkliche Arglist oder eine so grobe Nachlässigkeit, welche der Arglist gleich geachtet werden muß, zur Last gelegt werden kann [22]). Denn der Deponent hat allein den Vortheil vom Geschäfte und muß es, wenn eben der Schaden nicht von dolus oder culpa lata des Depositars herrührt, sich selbst zuschreiben, daß er seine Sachen Jemandem anvertraute, der auf ihre Aufbewahrung nicht die gehörige Sorgfalt verwendete [23]).

---

16) L. 9. §. 9. D. de reb. credit. (12. 1.) L. 34. pr. D. mandati. (17. 1.)

17) L. 10. D. de reb. credit. (12. 1.) L. 1. §. 34. D. depositi. (16. 3.)

18) Ueber den Fall des depositum irregulare, da dem Depositar das Geld übergeben wird unter der Bedingung, ut tantumdem reddat, worin für ihn eine stillschweigende Erlaubniß liegt, das Geld zu gebrauchen, vergl. unten den Art. depositum irregulare.

19) L. 1. pr. h. t.: Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo, quod ponitur; praepositio enim de auget positum, ut ostendat, totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet.

20) Mühlenbruch a. a. O. §. 335, Note 4.

21) §. 3. J. quib. mod. re contrah. oblig. (3. 14.) L. 1. §. 1. 8. 47. D. h. t. L. 5. §. 2. D. commodati. (13. 6.)

22) Darum stand auch dem Depositar, wenn ihm die Sache gestohlen worden, nicht die actio furti zu, weil er in diesem Falle nicht zu haften braucht, und also durch den Diebstahl in seinem Interesse gar nicht verletzt wird. Nur wenn ihm dolus oder culpa lata dabei zur Last fällt, muß er auch für den Diebstahl haften, obgleich ihm auch in diesem Falle die actio furti versagt war, weil es unbillig erschien, daß er dieselbe durch seinen dolus erwerben könnte. L. 14. §. 3. D. de furtis. (47. 2.)

23) L. 1. §. 5. D. de obligat. et action. (44. 7.): Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur qui et ipse de ea re, quam acceperit, restituenda tenetur. Sed is etiam si negligenter rem custoditam

Darum kann selbst im Falle einer wirklichen Nachlässigkeit von Seiten des Depositars der Deponent keinen Anspruch gegen denselben erheben, wenn er nur diejenige Aufmerksamkeit auf die deponirten Sachen verwendete, mit welcher er seine eigenen Sachen zu verwahren pflegte. Denn der Deponent hätte sich, um sich vor Schaden zu wahren, einen besseren Depositar auswählen sollen. Nur wenn der Depositar die seiner Obhut anvertrauten Gegenstände nicht einmal mit derjenigen Sorgfalt verwahrte, welche er seinen eigenen Sachen widmet, kann er von einer gewissen Arglist nicht freigesprochen werden, so daß er in diesem Falle allerdings für den entstandenen Schaden einstehen muß [24]). Schwieriger ist die Frage zu entscheiden, ob der Depositar in dem Falle für den Schaden hafte, da derselbe zwar nicht in Folge einer solchen Nachlässigkeit eingetreten, welche in abstracto eine culpa lata genannt werden könnte, aber doch hätte vermieden werden können, wenn der Depositar die besondere und außergewöhnliche Sorgfalt, mit welcher er, als ein ganz besonders vorsichtiger Mensch, seine eigenen Sachen zu verwahren pflegte, auf die deponirten Sachen verwendet hätte. Mehrere Rechtslehrer sind in der That der Ansicht, daß der Depositar in diesem Falle für den Schaden einstehen müsse, weil derselbe auch im umgekehrten Falle, wenn er nämlich ein nachlässiger und sorgloser Mensch sei, auf die deponirten Sachen keine größere Sorgfalt, als auf seine eigenen zu verwenden brauche [25]). Allein diese Ansicht scheint nicht die richtige zu sein, da die Gesetze ausdrücklich anerkennen, daß der Depositar im Allgemeinen nur für culpa lata hafte, und da es unbillig sein dürfte, Jemanden blos aus dem Grunde, weil er vorsichtiger und sorgsamer ist, als andere Menschen, nach strengeren Grundsätzen zu beurtheilen [26]). Auch über die Frage sind die Rechtslehrer nicht vollkommen einverstanden, ob bei einer eingetretenen Gefahr der Depositar verpflichtet sei, eher zur Rettung der deponirten Sachen, als der seinigen zu schreiten. Einige Rechtslehrer sind hier der Ansicht, daß der Depositar den fremden Sachen den Vorzug geben müsse, während Andere einen Unterschied machen wollen, ob die deponirten Sachen werthvoller seien, als die eigenen oder nicht, und nur im ersteren Falle dem Depositar die Verbindlichkeit auferlegen, eher für die Rettung derselben zu sorgen [27]). Allein in der That legt kein Gesetz dem Depositar die Verbindlichkeit auf, die fremden Sachen vor den eigenen zu retten, sowie auch die Gesetze für den angedeuteten Unterschied keinen Anhaltepunkt gewähren. Man muß vielmehr bei Entscheidung dieser Frage an dem Grundsatze festhalten, daß der Depositar nur für culpa lata haftet, und daß es also nur darauf

---

amiserit, securus est, quia enim non sua gratia accipit, sed eius, a quo accipit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit. Negligentiae vero nomine ideo non tenetur, quia qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se queri oportet. Magnam tamen negligentiam placuit in doli crimen cadere.

24) L. 32. D. h. t.

25) S. dieselben bei Glück, XV. S. 174.

26) Vgl. Glück a. a. O. S. 174 flg.

27) Vgl. Glück a. a. O. S. 182.

ankommt, ob ihm bei Rettung der deponirten Sachen eine grobe Nachlässigkeit zur Last gelegt werden kann. Eine solche Nachlässigkeit kann aber nur in dem Falle angenommen werden, da es dem Depositar möglich gewesen wäre, die fremden Sachen zu retten, ohne sich dadurch einem Schaden auszusetzen, wozu er nach der Natur des Contractes nicht verbunden gewesen wäre. Das Depositum bringt es aber seinem Wesen nach nicht mit sich, daß der Depositar die eigenen Sachen preisgebe, um die fremden zu retten, so daß er nur in dem Falle, da er neben den eigenen die fremden Sachen zu erhalten im Stande gewesen wäre, für den Schaden einzustehen braucht. Aus der Rettung der eigenen Sachen ergibt sich zwar die Vermuthung, daß der Depositar auch die fremden zu retten im Stande gewesen wäre [28]): allein diese Vermuthung schließt den Gegenbeweis nicht aus, so daß der Depositar, wenn er darthut, außer Stande gewesen zu sein, neben den seinigen die fremden Sachen zu retten, von dem Anspruche auf Entschädigung freigesprochen werden muß. Ausnahmsweise kann jedoch der Depositar auch für geringere Versehen, und selbst für den Zufall haften müssen. Das ist namentlich der Fall, wenn er vertragsmäßig eine größere Verantwortlichkeit auf sich genommen, als die Natur des Geschäftes eigentlich mit sich brachte [29]). Auch wenn er sich dem Deponenten zur Aufbewahrung aufgedrungen hatte, muß er zwar nicht für den Zufall, aber doch für geringe Versehen einstehen [30]). In einigen Fällen muß der Depositar sogar die Gefahr des Zufalles übernehmen, nämlich a) wenn er sich bei der Restitution der Sache eines Verzuges schuldig machte, jedoch unter der Voraussetzung, daß die Sache, wenn sie dem Deponenten zu rechter Zeit restituirt worden wäre, nicht auf die nämliche Weise zu Grunde gegangen sein würde [31]); b) wenn er die Sache contractswidrig benutzte und dieselbe dabei beschädigt worden war [32]); c) wenn die Sache zu Grunde geht, nachdem er sie veräußert und alsdann wieder an sich gebracht hatte, um sie ferner als Depositum zu behalten, zur Strafe für die mit der Veräußerung begangene Treulosigkeit [33]); d) wenn das Depositum lediglich zum Vortheil des Depositars gemacht worden war, indem es ihm zwar nicht sofort mit der Hinterlegung, aber mit dem Eintritte einer gewissen Bedingung als Darlehn dienen sollte [34]). Außerdem versteht sich von selbst, daß der Depositar, so gut wie jeder Andere, für den durch seine culpose positive Thätigkeit verursachten Schaden einstehen muß, und auf Ersatz desselben nach der lex Aquilia belangt werden kann, ohne daß dabei auf den Grad der

---

28) Cap. 2. X. de deposito (3. 16.): Bona fides abesse praesumitur, si rebus tuis salvis existentibus, depositas amisisti.

29) L. 7. §. 15. D. de pactis. (2. 14.)

30) L. 1. §. 35. D. h. t.

31) L. 12. §. 3. L. 14. §. 1. D. h. t.

32) Denn der Depositar begeht durch den Gebrauch der Sache ein furtum usus, §. 6. J. de oblig. quae ex delicto (4. 1.), und der Dieb muß bekanntlich immer für den Zufall einstehen. L. 2. C. de condict. furtiv. (4. 8.)

33) L. 1. §. 25. D. h. t.

34) L. 4. pr. D. de reb. credit. (12. 1.)

culpa etwas ankäme[35]). Die weitere Verbindlichkeit des Depositars besteht darin, daß er die Sache zu jeder Zeit, da der Deponent es verlangt, restituiren muß[36]). Der Deponent kann in seiner Freiheit, die Sache zu jeder Zeit zurückzufordern, nicht einmal durch Vertrag beschränkt werden, indem eine Zeitbestimmung, die in Ansehung der Rückforderung getroffen wird, nur die Wirkung hat, daß der Depositar die Sache dem Deponenten nicht vorher aufdringen darf[37]). Der Depositar darf auch dem Deponenten in keiner Weise Einwendungen entgegensetzen, um die Restitutionspflicht entweder gänzlich von sich abzuwenden oder dieselbe wenigstens zu verzögern[38]). Namentlich kann der Depositar wegen seiner etwaigen Gegenforderungen kein Retentions-[39]) oder Compensationsrecht geltend machen, selbst nicht einmal in dem Falle, da nicht auf Restitution der deponirten Sachen in natura, sondern nur auf Vergütung des Werthes geklagt wird, oder da die Deposition fungibler Sachen gleich anfangs unter der Bedingung geschah, daß nur tantumdem zurückgegeben werden sollte[40]). Dem Depositar bleibt vielmehr nichts übrig, als seine Gegenforderungen mit der actio depositi contraria geltend zu machen. Ebenso wenig kann der Depositar die Einrede entgegensetzen, daß der Deponent kein Recht an der deponirten Sache habe, da er sogar dem Diebe oder Räuber dieselbe zu restituiren verbunden ist[41]). Auch kann sich der Depositar der Restitutionspflicht nicht unbedingt dadurch entziehen, daß er behauptet, selbst Eigenthümer der deponirten Sachen zu sein. In diesem letzteren Falle ist zu unterscheiden, ob mit der Einrede des Eigenthums behauptet wird, der Depositar sei gleich anfangs Eigenthümer der Sache gewesen, oder ob er sich nur darauf beruft, später nach geschehenem Depositum Eigenthum daran erworben zu haben. Ist davon die Rede, daß der Depositar schon vor dem angeblichen Depositum Eigenthum an der Sache gehabt habe, so konnte dieselbe gar nicht bei ihm deponirt werden, da es, wie schon bemerkt worden

---

85) Mühlenbruch, Lehrbuch, §. 353.

36) Nur muß die unverzügliche Restitution dem Depositar nicht unmöglich sein, indem sich etwa die deponirte Sache an einem entfernten Orte befindet, oder unter einem Verschlusse, der von ihm nicht sogleich geöffnet werden kann. L. 1. §. 22. D. h. t.

37) L. 1. §. 45 u. 46. D. h. t. Vgl. Glück, XV. S. 100.

38) L. 11. C. depositi. (4. 34.)

39) Aeltere Rechtslehrer behaupteten häufig, daß dem Depositar wegen der auf die Sache verwendeten Kosten allerdings ein Retentionsrecht zustehe. Vgl. dieselben bei Glück, XV. S. 199, Note 37, und bei Schenck, die Lehre von dem Retentionsrechte, S. 210, Note 6. Allein die L. 11. C. cit. verbietet dem Depositar ganz allgemein jede Ausflucht, die Restitution der Sache zu verweigern, wie denn auch die meisten Neueren demselben das Retentionsrecht absprechen. Schenck a. a. O. und K. Luden, das Retentionsrecht, S. 162. Ueber den von Glück, a. a. O. S. 204, bezeugten Gerichtsgebrauch, nach welchem dem Depositar das Retentionsrecht zustehe, wenn er durch das Depositum Schaden erlitten, oder wenn er solche Kosten auf die hinterlegte Sache verwendet, wegen deren ihm die actio depositi contraria zustehe vergl. Schenck a. a. O. S. 215.

40) Vgl. Glück a. a. O. S. 191.

41) L. 31. §. 1. D. h. t.

ist, kein Depositum solcher Sachen gibt, welche dem Depositar eigenthümlich zugehören [42]). Er braucht also in diesem Falle nicht zu restituiren, da kein Grund vorhanden ist, aus welchem er dazu verbunden sein sollte. Behauptet dagegen der Depositar, erst nach dem Depositum Eigenthum an den Sachen erworben zu haben, so kommt es darauf an, ob seine Einrede sofort liquid ist oder nicht. Ist dieselbe nicht sogleich liquid, so ist es unbestritten, daß sich der Depositar mit derselben der Pflicht, die Sache sofort zu restituiren, nicht entziehen kann, wie es denn auch in der That unbillig sein würde, wenn die Restitution so lange ausgesetzt bleiben sollte, bis die vorgeschützte Einrede ausgemacht wäre. Nach den Worten des Gesetzes [43]) würde sogar im Falle sofortiger Liquidität der Einrede des Eigenthumes der Depositar mit derselben in diesem Prozesse nicht gehört werden dürfen, sondern dessenungeachtet zur Restitution der Sache verurtheilt werden müssen. Da aber der Deponent alsdann auf eine von dem Depositar anzustellende Klage sogleich verurtheilt werden müßte, die Sache demselben wieder zurückzuliefern, so würde es theils anderen anerkannten Rechtsgrundsätzen widerstreiten [44]), theils im praktischen Resultate nur auf eine Weitläufigkeit hinauslaufen, wenn in diesem Falle der Depositar in dem einen Prozesse verurtheilt werden sollte, die Sache dem Deponenten zu restituiren, um sie nachher in einem anderen Prozesse von demselben wieder zurückzuerhalten. Daher nimmt man mit Recht an, daß sich der Depositar durch die sofort liquide Einrede, selbst Eigenthümer der deponirten Sachen zu sein, gegen den Restitutionsanspruch wirksam vertheidigen könne [45]). Endlich ist es dritten Personen ausdrücklich untersagt, bei dem Depositar Einspruch dagegen einzulegen, daß er das Depositum an den Deponenten zurückliefere, indem sie vielmehr mit ihren etwaigen Ansprüchen an den Deponenten nur gegen diesen selbst auftreten sollen [46]). Nur wenn der Dritte als Vindicant aufträte, würde er dem Depositar die Zurückgabe der Sache allerdings verbieten können [47]), sowie sich auch von selbst versteht, daß derselbe in Folge eines gerichtlich ausgewirkten Arrestes die Restitution an den Deponenten verweigern muß [48]). Die Restitution geschieht übrigens an dem Orte, wo sich die Sache zu der Zeit befindet, da der Deponent dieselbe zurückverlangt [49]). Wenn die Verabredung getroffen war, daß die Restitution an einem anderen Orte erfolgen solle, als an welchem die Sache deponirt worden war, so muß der Deponent die Kosten des Transportes tragen. Diese Kosten fallen ihm auch alsdann zur Last, wenn kein bestimmter Ort der Restitution

---

42) Vgl. die oben Note 9 citirten Stellen.

43) Nämlich der citirten L. 11. C. depositi.

44) L. 8. pr. D. de doli mali et met. except. (44. 4.): Dolo facit, qui petit, quod redditurus est.

45) Glück a. a. O. S. 196 flg. Mühlenbruch a. a. O. §. 385, Note 8.

46) Nov. 88. cap. 1.

47) L. 9. i. f. D. de rei vindic. (6. 1.)

48) L. 15. §. un. D. de re iudicata. (42. 1.)

49) L. 12. pr. §. 1. D. h. t. Nur darf es nicht dem dolus des Depositars zuzuschreiben sein, daß sich die Sache an einem entfernten Orte befindet.

verabredet ist und der Deponent verlangt, daß sie an einem solchen erfolgen solle[50]).

Der Deponent hat gegen den Depositar die actio depositi directa auf Restitution der Sache und Ersatz des durch dolus oder culpa lata gestifteten Schadens[51]), dessen Schätzung er durch iuramentum in litem angeben kann. Diese Klage kann auch utiliter von einem Dritten angestellt werden, wenn derselbe dem Deponenten den Auftrag gegeben hatte, seine Sache dem Depositar in Verwahrung zu geben[52]), oder wenn der Deponent bei der Hinterlegung ausgemacht hatte, daß die Sache dem Dritten restituirt werden sollte[53]). Während dieses in den Gesetzen ausdrücklich anerkannt ist, sprechen sich dieselben nicht so ganz unzweideutig über die Frage aus, ob die actio depositi directa nicht auch utiliter gegen den dritten Besitzer angestellt werden könne, welchem der Depositar von seiner Seite die deponirte Sache wieder in Verwahrung gegeben habe. An und für sich nämlich darf sich der Depositar einen Anderen substituiren, ohne für seinen Substituten haften zu müssen, und der erste Deponent kann dabei von seinem Depositar, falls sich derselbe bei Wahl des Substituten keiner prästablen culpa schuldig machte, nichts weiter verlangen, als daß er ihm seine Klage gegen den substituirten Depositar cedire[54]). Die Frage aber ist, ob der erste Deponent nicht auch mit Umgehung seines Depositars den substituirten Depositar unmittelbar mit der actio depositi directa belangen könne[55]). In den Gesetzen findet sich keine deutliche Antwort auf diese Frage, da eine Stelle des Paullus[56]), in welcher dieselbe bejahend entschieden ist, keine Aufnahme in die Pandekten gefunden hat. Es ist indessen nach dem Geiste des späteren römischen Rechtes unbedenklich, dem ersten Deponenten eine actio depositi utilis gegen den substituirten Depositar zuzugestehen, da ja in der L. 8. C. cit. der Kürze und Billigkeit wegen eine solche Klage auch demjenigen gewährt wird, welchem, ohne daß er selbst den Vertrag abgeschlossen oder Erbe des Deponenten geworden, nach der zwischen Deponenten und Depositar getroffenen Verabredung die Sache von diesem restituirt werden sollte[57]).

Wenn ein verschlossenes oder versiegeltes Behältniß deponirt worden ist, so muß der Depositar auch für die in demselben enthaltenen Sachen einstehen, obgleich ihm dieselben bei der Hinterlegung nicht namhaft gemacht oder gezeigt worden sind[58]). Es folgt dieses einfach daraus, daß

---

50) L. 12. D. cit.
51) L. 1. §. 1. D. h. t.
52) L. 11. §. 1. D. h. t.
53) L. 26. pr. D. eod. L. 8. C. ad exhibendum. (3. 42.)
54) L. 16. D. h. t.
55) Denn daß er, wenn er Eigenthümer ist und die Sachen noch vorhanden sind, die rei vindicatio anstellen könne, versteht sich von selbst.
56) Collat. LL. M. et Rom. tit. 10. §. 7.
57) Vgl. überhaupt hierüber Glück a. a. O. S. 221 flg. Anderer Meinung ist Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gem. Civilrechtes, Bd. II, §. 230 a. E.
58) L. 1. §. 41. D. h. t.

wer die Kiste deponirt, damit auch die in derselben enthaltenen Sachen deponirt. Natürlicher Weise muß aber der Deponent, wenn er bei der Restitution behauptet, daß Sachen fehlen, den Beweis führen, daß dieselben sich bei der Deposition in dem Behältnisse befunden haben. Die Praxis geht dabei oftmals von der Ansicht aus, daß aus dem Umstande, daß der Depositar das Behältniß erbrochen zurückgebe, ein so starker Verdacht gegen ihn entspringe, daß der Deponent zur eidlichen Ergänzung seines Beweises zugelassen werden müsse. Es ist aber klar, daß dieser Umstand nicht unbedingt einen so starken Verdacht gegen den Depositar begründen kann, um den Kläger immer zum Erfüllungseide zuzulassen. Denn theils kann das Behältniß auch von anderen Personen, als dem Depositar erbrochen sein, theils folgt daraus, daß dasselbe erbrochen, immer noch nicht, daß sich auch die von dem Deponenten angegebenen Sachen darin befunden haben. Unter Umständen könnte daher auch in diesem Falle zu einem Reinigungseide für den Depositar genügende Veranlassung sein[59]).

Es kann auch vorkommen, daß in Beziehung auf ein und dasselbe Depositum mehrere Deponenten oder mehrere Depositare concurriren. Wenn Mehrere eine Sache deponirt haben, oder wenn ein Deponent stirbt und mehrere Erben hinterläßt, so ist zu unterscheiden, ob der deponirte Gegenstand seiner Natur nach theilbar ist oder nicht. Im ersteren Falle, d. h. wenn entweder eine Quantität deponirt worden ist, welche immer ipso iure theilbar ist[60]), oder wenn mehrere einzelne Sachen deponirt worden sind, welche sich an Gattung und Art vollkommen gleichen, so daß die eine die andere vertreten kann, darf von den mehreren Deponenten oder Erben nur pro rata geklagt werden[61]), es müßte denn bei der Deposition ausdrücklich ausgemacht sein, daß Einer allein das Ganze solle zurückverlangen dürfen. Außerdem thut es der Depositar auf seine Gefahr, wenn er Einem, der nicht gehörig dazu legitimirt ist, das ganze Depositum ausantwortet. Denn durch die Auszahlung wird er gegen die Ansprüche der Uebrigen keineswegs gesichert[62]). Im anderen Falle, d. h. wenn der deponirte Gegenstand seiner Natur nach untheilbar ist, wohin auch der Fall gehört, da mehrere einzelne Sachen zwar von gleicher Gattung, aber nicht von gleichem Werthe deponirt worden sind, darf der Depositar nur an denjenigen restituiren, der von den Uebrigen gehörige Vollmacht beibringt,

---

59) Vgl. Glück, XV. S. 186 flg.

60) L. 2. §. 1. D. de V. O. (45. 1.) Wenn eine Quantität Geldes in einem versiegelten Beutel deponirt worden ist, können die Erben des Deponenten auch nur auf ihre Antheile klagen. Der Beutel muß aber entweder vor Gericht oder in Gegenwart einiger unbescholtener Personen entsiegelt werden. L. 1. §. 36. D. h. t.

61) Die einzelnen Miterben erhalten ihren Antheil durchaus selbstständig, so daß der eine von ihnen, der seinen Antheil von dem Depositar nicht bekommen kann, sich darum nicht an die Uebrigen, welche den ihrigen erhalten haben, halten kann. L. 12. C. depositi. (4. 34.)

62) Vgl. Glück a. a. O. S. 230.

oder der wenigstens hinlängliche Caution leistet, um ihn gegen die Ansprüche der Uebrigen sicher zu stellen [63]).

Wenn dieselbe Sache Mehreren deponirt worden ist, so kann in der Regel jeder der Depositare auf das Ganze in Anspruch genommen werden, da die custodia selbst untheilbar ist, und jeder die ganze Sache zu bewahren hatte [64]). Darum kann sich auch jeder Depositar von dem Anspruche befreien, wenn er nachweist, daß er von seiner Seite die custodia geleistet habe, welche nach der Natur des Geschäftes von ihm geleistet werden mußte [65]). Mehrere Erben eines Depositars haften aber für die Handlungen ihres Erblassers nur nach Verhältniß ihres Erbantheiles, während sie dagegen, wenn sie sich selbst gemeinschaftlich eines dolus schuldig machten, solidarisch einstehen müssen [66]). Wenn die Erben die deponirte Sache in gutem Glauben veräußerten, indem sie dieselbe etwa für Eigenthum ihres Erblassers hielten, so haften sie dem Deponenten blos für den Werth, den sie empfangen, oder falls das noch nicht der Fall gewesen, blos insoweit, als sie demselben ihre Klage gegen den Erwerber abtreten müssen [67]). Nur wenn sie im Stande sind, die Sache für den nämlichen Werth wieder einzulösen, oder wenn sie dieselbe auf anderem Wege bereits wieder erhalten haben, sind sie zur Restitution in natura verpflichtet [68]).

Nach römischem Rechte traf den in Folge einer actio depositi directa Verurtheilten die Strafe der Infamie [69]). Dabei ist es streitig, ob diese Strafe eintrete nur im Falle eines von dem Depositar begangenen dolus, oder auch, wenn sich derselbe nur einer culpa lata schuldig gemacht hatte [70]). Während es nämlich in einigen Stellen ganz allgemein heißt, daß den depositi damnatus die Infamie treffen solle, wird in anderen Stellen die Unredlichkeit und Treulosigkeit des Depositars als Grund, und also auch als Bedingung der Infamie angegeben [71]). Darum ist es aber wohl das Richtigere, den Eintritt der Infamie auf den Fall des wirklichen dolus zu beschränken, da doch auf jeden Fall, wo es sich um Bestrafung handelt, zwischen dolus und culpa lata ein unverkennbarer Unterschied obwaltet. Indessen kann diese Controverse auf sich beruhen, da sie heutiges Tages ohne praktische Bedeutung ist. Denn entweder hat sich der Depositar eines wirklichen Verbrechens, des Betruges oder der Unterschlagung schuldig gemacht, und alsdann erfolgt seine Bestrafung im Wege des Criminalprozesses und nach anderen recht-

63) L. 1. §. 36. cit. Außerdem kann der Depositar die Sachen gerichtlich deponiren und sich damit von aller Verantwortlichkeit befreien.

64) L. 1. §. 34. D. h. t.

65) Glück a. a. O. S. 232. L. 1. §. 43. cit.

66) L. 7. §. 1. L. 9. 10. 22. D. h. t.

67) L. 1. §. un. L. 2. D. h. t.

68) L. 3. D. h. t.

69) §. 2. J. de poena temere litigantium. (4. 16.) L. 1. L. 6. §. 6. D. de his qui notant. infam.

70) Vgl. Glück a. a. O. S. 206.

71) §. 2. J. cit. u. L. 1. D. cit., vergl. mit L. 6. §. 5. 6. 7. D. de his qui not. inf. (3. 2.) und mit L. 22. C. ex quib. causis. (2. 12.)

lichen Grundsätzen, oder es kann ihm kein Criminalverbrechen zur Last gelegt werden, und alsdann würde die Infamie, wenn sie ihn auch nach römischem Rechte betroffen hätte, heutiges Tages ohne alle Bedeutung sein, da die römische Infamie gegenwärtig keine rechtlichen Consequenzen mehr nach sich zieht, und daher kaum noch von gemeinrechtlicher Anwendbarkeit derselben die Rede sein kann[72]).

Ein besonderer Fall des Depositum ist das von den Neueren sogenannte **depositum miserabile**, in dessen Gegensatze man alsdann die übrigen Fälle des Depositums unter dem Ausdrucke **depositum simplex** zu begreifen pflegt[73]). Unter **depositum miserabile** versteht man die im Falle einer dringenden Noth oder Gefahr von Feuer, Wasser, Erdbeben, Krieg oder Aufruhr hinterlegten Sachen[74]). Der Unterschied, durch welchen sich dieses Depositum vor den übrigen Fällen desselben auszeichnet, besteht darin, daß bei ihm der Depositar, wenn er es ableugnet, auf den Ersatz des doppelten Werthes verklagt und verurtheilt werden kann, während er sonst blos einfachen Ersatz zu leisten braucht[75]). Der Grund dieser Bestimmung liegt darin, daß es besonders strafbar zu sein scheint, das in solchen Fällen der Noth erhaltene Vertrauen zu mißbrauchen[76]). Es ist nicht ganz unbestritten, ob die Strafe des zweifachen Ersatzes auf den Fall des Ableugnens zu beschränken, oder auch auf die Fälle anderer Veruntreuungen auszudehnen sei. Die Gesetze sprechen die Strafe nur aus für den Fall, da das Depositum abgeleugnet werde[77]), und es darf wohl auch keine analoge Ausdehnung gemacht werden. Denn die Fälle anderer Veruntreuungen, welche entweder durch Verbrauch oder durch Veräußerung der deponirten Sachen begangen werden, fallen unter den Begriff des römischen furtum, bei welchem der Deponent ohnedieß mit der **actio furti** auf das **duplum** klagen konnte, auch wenn es sich nicht gerade um ein **depositum miserabile** handelte[78]). Das einfache Ableugnen dagegen, die Sache erhalten zu haben, konnte noch nicht für furtum gelten, weil noch keine Contrectation darin lag, so daß es, wenn es dennoch mit der **poena dupli** belegt werden sollte, allerdings einer speciellen Bestimmung darüber bedurfte. Gegen die Erben des Depositars konnte die Klage auf das **duplum** nur angestellt werden, wenn sie selbst das Depositum ableugneten, wogegen es sich von selbst versteht, daß sie jedes Falles auf das Simplum belangt werden können[79]). Die Klage auf das Duplum im Falle des **depositum miserabile** noch heutiges Tages für zulässig zu erklären, scheint sehr bedenklich zu sein, wenn man auch nicht der Ansicht Derjenigen unbedingt beitreten kann, welche den römischen Pri-

---

72) Vgl. darüber Savigny, System des heutigen römischen Rechtes, Bd. 2, §. 78 flg. und vorzüglich §. 83.
73) Vgl. Glück, XV. S. 208 flg.
74) L. 1. §. 1. D. h. t.
75) L. 1. §. 1. cit. §. 26. J. de actionibus. (4. 6.)
76) L. 1. §. 2—4. D. h. t.
77) S. Glück a. a. O. S. 214, der übrigens anderer Meinung ist.
78) L. 1. §. 2. L. 33. L. 67. pr. D. de furtis. (47. 2.)
79) §. 17. J. de actionibus. (4. 6.) L. 1. §. 1. D. h. t.

vatstrafen gar keine gegenwärtige Anwendbarkeit mehr gestatten wollen[80]). Denn darüber, daß die römischen Privatstrafen des furtum heutiges Tages nicht mehr anwendbar sind, ist kein Streit mehr und hat Theorie und Praxis längst entschieden. Das Ableugnen einer deponirten Sache aber ist heutiges Tages als Versuch einer Unterschlagung anzusehen[81]), welche nach römischem Rechte eine Unterart des furtum war. Es wäre daher wohl inconsequent, für diesen einzelnen Fall versuchter Unterschlagung die römische Privatstrafe fortdauern lassen zu wollen, während dieselbe für alle übrigen Fälle vollendeter Unterschlagung entschieden aufgehoben wäre.

Was endlich die rechtlichen Verbindlichkeiten des Deponenten betrifft, so haftet derselbe, weil er allein den Vortheil von dem Geschäfte hat, auch für das geringste Versehen[82]). Auch muß er dem Depositar alle Kosten ersetzen, welche entweder zur Erhaltung der Sache aufgewendet werden mußten, oder welche derselbe mit seiner Verwilligung gemacht hatte[83]). Dem Depositar oder dessen Erben steht zur Verfolgung dieser Ansprüche gegen den Deponenten oder dessen Erben die actio depositi contraria zu, bei welcher jedoch, weil es sich hier nicht, wie bei der actio depositi directa, um Unredlichkeit und Veruntreuung, sondern nur um Entschädigung handelt, von dem iuramentum in litem kein Gebrauch gemacht werden kann[84]).

Depositum irregulare nennt man die Hinterlegung fungibler Sachen unter der Verabredung, daß der Depositar dieselben nur in genere, also tantumdem zu restituiren brauche, ohne daß das Geschäft darum aufhören solle, ein Depositum zu sein[85]). Ein solches Depositum ist in der That ein unregelmäßiges, weil durch dasselbe nicht allein das Recht, die deponirten Sachen zu benutzen, sondern auch das Eigenthum an denselben auf den Depositar übertragen wird[86]). Dieses Geschäft würde vielmehr für ein Darlehn gelten müssen, wenn nicht die Willenserklärung der Contrahenten, daß es als Depositum behandelt werden solle, entgegenstünde. Der Grund, aus welchem nicht für Darlehn angesehen werden sollte, was in Wirklichkeit Darlehn war, lag für die Römer wahrscheinlich darin, daß mit dieser Contractsform die für die Contrahirung verzinslicher Darlehnsgeschäfte sonst nöthige Stipulationsform, welche sich für den Verkehr als hemmend erweisen mochte, umgangen werden konnte[87]). Denn die Eigenthümlichkeiten dieses depositum irregulare bestehen darin, daß bei demselben nicht allein Eigenthum und Gefahr der deponirten Sachen auf den Depositar übergeht, sondern daß auch derselbe mit der actio de-

---

80) Vgl. darüber Glück a. a. O. S. 217, der sich für die heutige Anwendbarkeit erklärt.

81) Vgl. meine Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, Bd. I, S. 497.

82) L. 63. §. 5. D. de furtis. (47. 2.)

83) L. 12. pr. L. 23. D. h. t.

84) L. 5. pr. D. eod.

85) Mühlenbruch, §. 386.

86) L. 24. D. depositi.

87) Mühlenbruch a. a. O.

positi auf die bedungenen Zinsen und auf Verzugszinsen belangt werden kann [88]). Luden.

**Deputation**, ein neuer, mit der in den römischen Gesetzen zuweilen [1]) vorkommenden und nur den damaligen Verhältnissen angehörenden Benennung deputatus [2]) in gar keiner Verbindung stehender Geschäftsausdruck, durch welchen das Personal bezeichnet zu werden pflegt, das aus einem Collegium von diesem und für dieses zur Ausführung eines einzelnen Geschäftes, ohne Uebertragung einer außerordentlichen eigenen Gerichtsbarkeit [3]), oder an gleiche oder höhere Behörden behufs einer Communication, abgeordnet wird. Der einzelne Beamte deputirt, nach dem Sprachgebrauche, nicht, sondern er subdelegirt blos; der Höhere, der einen Niederen abordnet, deputirt diesen nicht, sondern committirt ihn; dieß und der Mangel einer außerordentlichen eigenen Gerichtsbarkeit unterscheiden bei Justizbehörden den Deputirten vom Commissarius [4]). Die Abordnung eines höheren Beamten an eine untere Behörde, behufs einer Communication, heist in der Regel Commission. Denn ein so Abgeordneter hat gewöhnlich auch, nach Gelegenheit der Sache, Beschlüsse zu fassen und Verfügungen zu treffen. Dieß kann der Deputirte nie; er hat blos auszurichten, was das Collegium befiehlt, für das Collegium, nicht nach eigenem Gutdünken zu handeln; letzteres thut der Commissar. Der Deputirte tritt ganz in die Stelle des ihn beauftragenden Gerichtes, ist mit demselben für eine Person zu achten, kann also z. B. einen Verhörstermin, den er für das Collegium hält, nur mit der Erklärung, daß er von den Resultaten desselben dem Collegium Vortrag machen wolle, schließen, es sei denn, daß er vom Collegium zur Ertheilung einer gewissen Resolution Namens des ersteren für einen bestimmt vorausgesehenen Fall beauftragt ist. Er kann z. B. am Schlusse des Verhörstermins, wenn die Parteien sich nicht vereinigen, sie Namens des Collegiums zum Verfahren verweisen, wenn solches ihm im Voraus für diesen Fall aufgetragen ist. Hier eröffnet er aber blos den Beschluß des Collegiums. Der Commissar hingegen beschließt im eigenen Namen die Parteien zum Verfahren zu verweisen, und bewirkt dieß auch commissionswegen. Indeß werden die Ausdrücke häufig verwechselt, namentlich wird bei Einzelrichtern häufiger von Gerichtsdeputationen gesprochen, wenn Unterbeamte subdelegirt werden u. s. w. Es läßt sich auch der Fall denken, daß ein höheres Gericht an eine Unterbehörde eine Deputation schickt. Dieß geschieht jedoch nicht im juristischen Geschäftsgange, sondern z. B. zu Be-

---

88) L. 24. L. 25. §. 1. L. 26. §. 1. D. eod.

1) z. B. c. 8. C. de serv. fugitivis etc. (6. 1.)

2) Calvini, lexicon iuridic. s. v. Deputati.

3) Vergl. den Art. Commission, Bd. 2, 4. Lief., S. 702.

4) Ebendas. und S. 701. Vergl. Gönner, Handbuch des teutschen Prozesses, Bd. 4, Nr. LXXIV, §. 1 u. 2, S. 86. Glück, Pandektencommentar, Th. 3, §. 208, S. 295. Martin, Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses, §. 66. Pfotenhauer, doctrina processus, curante Diedemanno, §. 72. inpr. not. 4.

glückwünschungen ꝛc. Uebrigens können höhere und niedere Behörden deputiren, Unterbehörden nicht committiren[5]).

Deputationen werden ernannt nicht blos von Justiz- und Administrativbehörden, sondern auch von Corporationen und Collegien aller Art. Die merkwürdigsten der neueren Zeit sind die der Volkscorporationen im Geiste des Repräsentativsystems, also die der Stadtverordneten[6]) und der Ständekammern. Denn die Letzteren anlangend werden nicht nur die von den Wahlcollegien des Volkes selbst gewählten Mitglieder der Ständeversammlungen Deputirte und wird daher die zweite Kammer, weil diese in der Regel ganz aus so gewählten Mitgliedern besteht, häufig die Deputirtenkammer genannt; sondern die Landstände selbst bestellen auch wieder Deputationen. Die von den Wahlcollegien neuerlich zu ernennenden Deputirten sind zum Theil dadurch nöthig geworden, daß nicht mehr, wie sonst, gewisse ganze Classen der Staatsbürger an den Landtagsverhandlungen Theil nehmen, sondern die ganze Classe eine gewisse Anzahl von Deputirten[7]) zur Besuchung des Landtages aus ihrer Mitte ernennen muß. Das Merkwürdigste dabei ist, daß, in gänzlicher Anomalie von dem eigentlichen und oben angegebenen Begriff eines Deputirten, die sämmtlichen zu den landständischen Versammlungen ernannten Deputirten nicht an den Willen ihrer Wähler und sogenannten Committenten gebunden, zur Vertretung der Sonderinteressen derselben keineswegs, sondern vielmehr zur Vertretung sämmtlicher Nationalinteressen im Allgemeinen, ohne Parteilichkeit für gedachte Sonderinteressen, verpflichtet sind[8]). Anders ist es bei den Deputationen der landständischen Versammlungen selbst. Diese sind blos im Namen des Collegiums, von welchem sie ernannt wurden, zu handeln befugt, und werden als Eine Person mit dem Collegium angesehen. Sie sind bestimmt entweder zur Vorbereitung und Vorbearbeitung der bei dem Collegium zur Discussion kommenden Gegenstände, — dafür werden oft sogleich beim Beginn des Landtages gewisse ständige Deputationen ernannt, — oder zur Ausführung dessen, was das Collegium beschlossen hat, Uebergabe einer Schrift bei dem Landesherrn u. s. w. Zu dieser Art von Deputationen gehören auch die sogen. Landesdeputationen, landschaftlichen Ausschüsse, welche bei dem Landtage erwählt werden, um auch nach beendigtem Landtage, in der Zwischenzeit bis zum Beginn eines neuen, die Rechte der Landschaft zu wahren und namentlich auf „die Vollziehung der zwischen dem Landesfürsten

---

5) Martin a. a. O. §. 289, Note d. Glück a. a. O. §. 198.

6) Z. B. im Königreiche Sachsen; vgl. allgemeine Städteordnung für das Königreich Sachsen, §. 213 flg., und alphabetisches Repertorium dazu (von Buddeus, Leipzig 1834) u. d. W. Deputationen.

7) Das Nähere hierüber s. in v. Rotteck und Welcker, Staatslexikon, Bd. 1, 1. Lieferung (Altona und Leipzig 1834) u. d. W. Abgeordnete, S. 102 flg.

8) Maurenbrecher, Grundsätze des heutigen teutschen Staatsrechtes (Frankfurt a. M. 1837), §. 153. Debes, Aufsätze aus dem Gebiete des bayerschen bürgerlichen, peinlichen und öffentlichen Rechtes (Würzburg 1837), Nr. X u. XI.

und den Ständen getroffenen Vereinbarungen zu sehen“ [9]). Diese Art von Deputationen bestand schon und besteht in mehreren Ländern noch während der Existenz der älteren oder Feudal-Landschaftsverfassungen, und zwar so, daß durch sie häufig die Zusammenberufung der ganzen Landschaft ersetzt, und daß nur Deputationstage (conventus deputationum) gehalten werden [10]).

Offenbar ist dieß eine Nachahmung der teutschen Reichsverfassung, nach welcher, vorzüglich zu Erhaltung des öffentlichen Friedens und dann zu Aufarbeitung der nach dem Schlusse des Reichstages noch übrigen Geschäfte, in der Zeit des Religionsfriedens und bei Aufrichtung der Reichsexecutionsordnung die sogenannten [11]) ordentlichen Reichsdeputationen (deputationes imperii ordinariae) eingeführt wurden [12]). Der Kurfürst von Mainz, als Reichserzkanzler, hatte das Recht, diese Deputationen Namens des Kaisers einzuberufen, welche im Reichsabschiede von 1555 auf die Personen der damaligen sechs Kurfürsten, des Erzherzogs von Oesterreich, Bischofs von Würzburg und des von Münster, des Herzogs von Bayern, Abts von Weingarten und Ochsenhausen, Grafen von Fürstenberg und der Abgeordneten der Reichsstädte Cöln und Nürnberg — den Abgeordneten der Reichsstädte wollte man häufig auch blos das Prädicat „Deputirte“ zugestehen — beschränkt wurden. Später wurde dieß auf deren Nachfolger ausgedehnt und, nach hergestellter Religionsparität, bestanden diese Deputationen, außer dem Kurcollegium, aus zwölf katholischen und elf evangelischen für immer bestimmten Ständen; der zwölfte evangelische war die abgetretene Stadt Straßburg. Der Versammlungsort dieser Deputationen war Frankfurt a. M., doch konnten auch andere Orte gewählt werden [13]). Sie hielten in zwei Curien (dem Kur- und dem Fürstenrathe) ihre Versammlungen, deren ersterer der Kurfürst von Mainz, der letzteren der Erzherzog von Oesterreich präsidirte. Die Propositionen dabei geschahen von einem kaiserlichen Commissarius. Das Resultat der Beschlüsse wurde von Mainz

---

9) So lauten z. B. die Worte des §. 118 der Landschaftsordnung des Herzogthums Braunschweig vom 12. October 1832, welche im ganzen 3. Abschnitte von den Rechten und Pflichten dieses Ausschusses handelt, der dort sich ganz besonderer Rechte erfreut. Vergl. Ministerverantwortlichkeit in constitutionellen Monarchien (Leipzig 1833), Abschn. 113, S. 224.

10) Maurenbrecher a. a. O. §. 154, bes. Note l.

11) Im Reichsabschiede von 1555, §. 68 (in Schmauß, Corpus iuris publici, Leipzig 1774, S. 180), wurden sie „die erscheinenden Kurfürsten, deputirte Fürsten, oder deren abgefertigte Befehlshaber“, im wormser Deputationsabschiede von 1564 „der Kurfürsten, geordneter Fürsten und Stände Räthe und Botschafter“ genannt, und nur erst im westphälischen Frieden heißen sie: Conventus Deputatorum Imperii Ordinarii (Instr. Pac. Osnab. art. 5. §. 51; bei Schmauß a. a. O. S. 771).

12) Vergl. die Reichsabschiede von 1555, §. 65 flg., von 1559, §. 49 flg., und von 1564.

13) Der speyersche Reichsabschied von 1570 (in der Sammlung der Reichsabschiede Tit. III, S. 286 flg.) sagt: wollen einen Reichs-Deputations-Tag gen Frankfurt, oder aber wo es sonst den Sachen am gelegensten sein soll, ausschreiben.

in die Form eines Recesses gebracht — Reichsdeputationsabschied, Reichsdeputationsreceß (recessus deputationis imperii) — publicirt, und hatte, wenn auf dem Reichstage vorher der Deputation das Recht Beschlüsse zu fassen (facultas decidendi) speciell ertheilt worden war, dieselbe Giltigkeit wie ein Reichsabschied, — offenbar gegen den Begriff einer bloßen Deputation[14]). Allein die wichtigsten Gegenstände wurden häufig zu Abkürzung des Geschäftsganges den Deputationen zur Beseitigung übertragen. So die gegenseitigen Beschwerden der Protestanten und Katholiken nach den Reichstagsbeschlüssen von 1613 und 1641, wegen deren die dießfallsige Deputation von 1642 bis 1645 versammelt blieb[15]). Die letzte ordentliche Reichsdeputation dauerte von 1652 bis 1662. — Den ordentlichen stehen die außerordentlichen Reichsdeputationen (deputationes imperii extraordinariae) gegenüber. Sie wurden zu Besorgung einzelner Geschäfte, entweder zur Vorbereitung eines Vortrags beim Reichstage oder zu Geschäften, zwar Namens des Reichstages, aber abgesondert von demselben, aus den drei Reichstagscollegien, jedoch unter Beobachtung der Religionsparität, in jedem einzelnen Falle gewählt. Indeß glaubten einige derjenigen Reichsstände, welche zu den ordentlichen Reichsdeputationen gehörten, auch auf die stete Theilnahme an jenen ein Recht zu haben[16]). Die letzte außerordentliche Reichsdeputation wurde am 24. August 1802 zur Vollziehung des lüneviller Friedens niedergesetzt. Nicht ein kaiserlicher Commissarius, sondern der französische Minister Laforest und der russische Minister von Klüpfel legten dieser Deputation einen gemeinschaftlich genehmigten Entschädigungsplan für die einzelnen teutschen Fürsten, in Folge der französischen Occupationen, am 18. August 1802 vor, welcher mit einigen, am 9. Oct. desselb. J. genehmigten Modificationen die Grundlage des am 25. Februar 1803 gefaßten Reichsdeputationsschlusses wurde, der am 28. April 1803 die kaiserliche Ratification erhielt. Dadurch wurde der Zustand des teutschen Reichs und des teutschen Reichsstaatsrechtes wesentlich verändert und der nächste Grund zur Auflösung des teutschen Reichsverbandes (1806) gelegt[17]).

Buddeus.

**Derelictio** heißt das Aufgeben des Besitzes einer Sache von Seiten des Eigenthümers in der Absicht, daß die Sache nicht mehr in sei-

---

14) Ueber alles dieß vergl. Struve, corpus iuris publici (Jenae 1738), cap. 23, §. 59 sq.; Pütter, elementa iuris publici germanici (Göttingae 1766), lib. III. cap. V. §. 239 sq.; Schmalz, das teutsche Staatsrecht (Berlin 1825), §. 166.

15) Eichhorn, teutsche Staats- u. Rechtsgeschichte, Th. 4, (Berlin 1836), §. 520, bes. Note f. Pütter, Grundriß der Staatsveränderungen des teutschen Reichs, §. 85, Note 9, S. 249.

16) Vergl. Struve l. c. §. 64; Pütter, elem. iur. publ. l. c. §. 244 sq.; Schmalz a. a. O.

17) Gaspari, der Deputationsreceß, mit histor., geogr. und statist. Erläuterungen ꝛc. 2 Theile, Hamburg 1803. Erläuterung des 45. Art. des Reichsdeputationsschlusses vom 25. Horn. 1803 ꝛc. Cöln 1805. Pragmatische Geschichte der teutschen Reichsverhandlungen von dem neuesten Deputationshauptschlusse bis gegen Ende des Jahres 1804. Regensburg 1805.

nem Eigenthume stehen solle [1]), ohne Unterschied, ob diese Sache eine körperliche oder unkörperliche ist [2]). Sachen, deren Besitz auf diese Weise aufgegeben worden ist, heißen in der Kunstsprache der neueren Juristen res derelictae, in der der römischen hingegen res pro derelicto habitae [3]). Die Erfordernisse, welche vorliegen müssen, um diesen Begriff zu verwirklichen, sind 1) die Aufgabe des Besitzes von Seiten des Eigenthümers [4]). Dieß ist nach den allgemeinen Regeln, welche vom Besitze gelten, zu beurtheilen; und wenn schon die römischen Rechtsquellen in dieser Beziehung bald von omittere [5]), relinquere [6]), eiicere, proiicere [7]) und abiicere sprechen, so kann dieß nur beispielsweise gesagt erscheinen, nicht aber, um eine bestimmte Gattung der Besitzaufgabe als Erforderniß der Dereliction hervorzuheben. — Als Eigenthümer kann aber hier nicht blos derjenige betrachtet werden, dessen Willkür die fragliche Sache vollständig unterworfen ist, sondern man muß auch den Berechtigten dahin rechnen, wenn von der Aufgabe von Rechten die Rede ist. 2) Die Erklärung des Eigenthümers bei der Besitzaufgabe, daß er die Sache nicht mehr als eigene Sache ansehen wolle. Am deutlichsten wird dieß Erforderniß in den Justinianischen Institutionen hervorgehoben [8]); allein auch die classischen Juristen bestätigen diese Bemerkung, wenn sie die Dereliction an solchen Sachen in Abrede stellen, welche im Sturme über Bord geworfen werden, um der Gefahr zu entgehen [9]). Vielmehr verbleiben dieselben im Eigenthume des bisherigen Eigners, da zu vermuthen steht, daß er dieselben zurücknehmen werde, falls er sie wieder auffinde, ja dieselben wieder aufsuchen würde, wenn er wüßte, wohin sie gekommen wären [10]). Endlich spricht es für die oben aufgestellte Ansicht, wenn die classischen Juristen die Dereliction leugnen, falls ein zu schwer Beladener auf dem Wege etwas von sich wirft, um es späterhin wieder abzuholen [11]). Aus dem Gesagten ergibt sich zugleich so viel als gewiß, daß

---

1) §. 47. J. de rerum divisione. (2, 1.): Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abiecerit, ut id in numero rerum suarum esse nolit.

2) Von usumfructum derelinquere ist in L. 64. u. 65. pr. D. 7. 1. die Rede, und dieß erklärt L. 48. D. ibidem für identisch mit recedere ab usufructu.

3) Vergl. Buchholtz, Versuche über einzelne Theile der Theorie des heutigen römischen Rechtes, S. 73, Note 13.

4) Theoph. Inst. par. II. l. 47. tom. I. p. 258.

5) L. 2. §. 1. D. pro derelicto. (41. 7.)

6) L. 3. D. ibid.

7) L. 9. §. 8. D. de acquir. rerum dom. (41. 1.) L. 8. D. de lege Rhodia. (14. 2.)

8) §. 47. J. 2. 1.

9) L. 9. §. 8. D. 41. 1. L. 58. D. ibid. L. 2. §. 8. D. 14. 2. L. 8. D. ibid. L. 7. D. 41. 7. L. 21. §. 2. D. de acquir. vel amitt. possess. (41. 2.) §. 48. J. 2. 1. Theoph. ad h. l. ed. Reitz. tom. I. p. 258.

10) L. 8. D. 14. 2. Wer sich an solchen Sachen vergreift, begeht nach römischen Ansichten einen Diebstahl. L. 9. §. 8. D. 41. 1. L. 43. §. 10 u. 11. D. de furtis. (47. 2.)

11) L. 8. D. 14. 2.

die Absicht, die eigene Sache zu derelinquiren, nicht präsumirt werden könne, sondern der Gegenstand eines speciellen Beweises sein müsse; und eine Stelle Ulpian's, welche nach der gewöhnlichen Ansicht für die gegentheilige Meinung angeführt wird [12]), besagt nur so viel, daß bei den im Sturme über Bord geworfenen Waaren auf die Absicht, sie zu derelinquiren von Seiten des Eigenthümers, mit großer Sicherheit geschlossen werden könne, wenn derselbe wußte oder wissen mußte, daß dieselben durch das Auswerfen vernichtet werden würden. 3) Die Willenserklärung des Eigenthümers muß sich auf die ganze Sache erstrecken, so weit sie seinem Rechte unterworfen ist, nicht blos auf einen Theil derselben. Daher kommt es, daß, wer alleiniger Eigenthümer der Sache ist, dieselbe nicht zum Theil derelinquiren, zum Theil im Eigenthume fortbehalten kann, während es umgekehrt dem Miteigenthümer erlaubt ist, seinen Antheil an der gemeinschaftlichen Sache vollständig zu derelinquiren [13]). Bei der Dereliction von Servituten, welche einem gemeinschaftlichen Grundstücke zustehen, ist indeß der Verzicht von nur einem Theilhaber wirkungslos, da in der Untheilbarkeit des Rechtes Gründe genug vorliegen, um die Servitut dem ganzen Grundstücke zu erhalten [14]).

Die juristischen Wirkungen der Dereliction lassen sich alle auf den Rechtssatz zurückführen, daß es einem Jeden, welchem ein Recht zusteht, frei stehen müsse, dieß Recht, wenn er will, aufzugeben. Um das Detail dieser Wirkungen kennen zu lernen, wird es zweckmäßig sein, zwischen den Sachen, welche Gegenstand des Eigenthums sind, und den Rechten an fremden Sachen zu unterscheiden. Im letzteren Falle nämlich erlischt das Recht sofort, wenn der Berechtigte erklärt, es nicht länger haben zu wollen, und kehrt zu dem zurück, dessen Eigenthum durch die Bestellung der Berechtigung beschränkt worden war [15]). Im zuerst genannten Falle hingegen ist es die allgemeine Wirkung jeder Dereliction, daß die derelinquirte Sache dem ersten Occupanten als Eigenthum zufällt [16]). Nach der in den Justinianischen Pandekten angenommenen Ansicht des Proculus tritt indeß der Eigenthumsverlust von Seiten des Derelinquenten nicht eher ein, als bis der Occupant juristischen Besitz an der Sache erworben hat [17]), und um diese Eigenthümlichkeit zu erklären, nehmen die römischen Juristen die traditio in incertam personam [18]) zu Hilfe, d. h. sie nehmen an, daß die derelinquirte Sache an eine Person übergeben worden

---

12) L. 43. §. 11. D. de furtis. (47. 2.)

13) L. 3. D. 41. 7.

14) L. 34. pr. D. 8. 3.

15) So bei dem Ususfructus (L. 48. pr. D. 7. 1. L. 64. u. 65. pr. D. ibid.), bei den dinglichen Servituten (L. 34. pr. D. communia praed. [8. 3.]), bei dem Pfandrecht (L. 5. pr. D. quibus modis pignus. [20. 6.] L. 8. §. 1. D. ibid.)

16) L. 2. §. 1. D. 41. 7. L. 1. u. L. 5. §. 1. D. ibid. §. 47. J. 2. 1.

17) L. 2. §. 1. D. 41. 7. Vergl. auch die Fassung von L. 5. pr. D. ibidem.

18) §. 47. J. 2. 1. Theoph. l. c. L. 5. §. 1. D. 41. 7.

sei, welche sich der Tradens nicht bestimmt gedacht habe [19]). Und gerade aus dieser Annahme geht deutlich hervor, wie falsch es sei, die derelinquirten Sachen nach der gewöhnlichen Meinung für Sachen anzusehen, welche in keines Eigenthume stehen (res nullius), wie noch neuerlich von Buchholtz [20]) behauptet worden, da es doch augenscheinlich ist, daß nach römischen Ansichten das Eigenthum des Derelinquenten erst von dem Augenblicke an verloren geht, wo der Occupant dasselbe erwirbt. Dabei versteht es sich freilich von selbst, daß die übrigen Erfordernisse der Occupation zutreffen, d. h. daß von Seiten des Occupanten Besitzergreifung an der derelinquirten Sache stattfinde [21]), verbunden mit der Absicht, dieselbe für sich zu behalten [22]), und daß der Occupant wisse, daß die von ihm in Besitz genommene Sache in der That vom Eigenthümer derelinquirt worden sei [23]). — Daß auch fremde Sachen derelinquirt werden können, zeigt der Titel der Pandekten pro derelicto (41. 7.). An solchen Sachen kann freilich der Occupant das Eigenthum durch die bloße Occupation nicht erwerben, wohl aber erlangt er durch dieselbe den juristischen Besitz der Sache, verbunden mit der Befugniß, sie zu verjähren, da der titulus pro derelicto zu den im römischen Rechte anerkannten Usucapionsgründen gehört. Doch wird zu dieser Verjährung erfordert, daß der Verjährende wisse, daß die Dereliction in der That erfolgt sei [24]), wenn schon er nicht gewußt hat, von wem die Sache preisgegeben worden ist [25]). Als titulus pro derelicto kann es aber nicht gelten, wenn Jemand dem Occupanten die Sache abkauft [26]); denn wenn gleich auch hier dem Käufer das Recht der Verjährung nicht abgesprochen werden kann, so scheint es den Umständen doch angemessen, in diesem Falle eher an den titulus pro emtore zu denken.

Als Unterart der Dereliction gilt nach den Ansichten der römischen Juristen das Ausstreuen von Münzen und anderen Missilien, welches bei öffentlichen Spielen und den Processionen des Kaisers und der Magistrate oftmals vorkam [27]). Auch hier nahm man die traditio in incertam personam zu Hilfe, da der Ausstreuende allerdings die Absicht hatte, das Eigenthum der ausgestreueten Devisen an Andere zu übertragen, aber nicht bestimmt wissen konnte, wer dieselben an sich nehmen würde. Heimbach.

**Deservitenjahr** [1]). Die unmittelbare Folge der Zulassung einer Succession in das Vermögen verstorbener Pfründner, ohne Unterschied, ob

19) Schrader, ad §. 47. J. 2. 1.
20) A. a. O. S. 73.
21) L. 1. §. 1. D. 41. 1. L. 30. §. 4. D. ibid.
22) L. 2. §. 1. D. 41. 7., vergl. mit L. 7. §. 3. D. 41. 1. L. 30. §. 4. D. ibid. L. 1. u. 2. pr. D. 41. 7. L. 5. pr. u. §. 1. D. ibid. §. 12 u. 13. J. 2. 1.
23) L. 2. pr. u. L. 5. pr. D. 41. 7.
24) L. 4. u. 6. D. 41. 7. Vergl. Unterholzner, ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre, §. 114, Th. 1, S. 395.
25) L. 4. D. 41. 7.
26) L. 5. pr. D. 41. 7.
27) L. 5. §. 1. D. 41. 7. §. 46. J. 2. 1. Theoph. ad h. l. tom. I. p. 257.
1) Böhmer, J. E. P. lib. III. tit. 5. §. 211 sq.

dasselbe durch die Kirche erworben worden oder nicht, ist, daß den Erben eines Geistlichen auch die von dem letzteren verdienten, aber noch nicht percipirten Früchte der Pfründe nach Verhältniß des abgelaufenen Theils des letzten Dienstjahres (annus deservitus) zufallen müssen. In der Regel waren namentlich in den Capitelstatuten [2]) die Anfangstage (sogen. dies critici) für das Verdienstjahr bestimmt, und auch jetzt ist es zunächst das particulare Recht, welches hier die Norm geben muß. Wo jedoch dieses sich nicht ausgesprochen hat, muß der Anfang des Deservitenjahres nach dem Dienstantritte des verstorbenen Beneficiaten bemessen werden. Die dem letzteren zuständig gewesenen regelmäßigen Einkünfte eines Jahres werden zu einer Masse angeschlagen, und darnach die Zeit zwischen jenem Anfangspunkte und dem Todestage vertheilt, mit welchem sie aufhören, sobald nicht particularrechtlich den Erben der Fortgenuß für eine weitere Zeit, also z. B. den Monat oder das Quartal, in welchem der Beneficiat starb (Sterbemonat, Sterbequartal), und zuweilen selbst noch für die folgende Zeit (Gnadenquartal, Gnadenhalbjahr, Gnadenjahr) verstattet ist. Insbesondere ist nach diesem Grundsatze in Ermangelung particularer Rechtsvorschriften auch der Ertrag der Beneficialgrundstücke zu Geld anzuschlagen und zu vertheilen, unter Anrechnung der auf die Bestellung beiderseits verwandten Kosten. Endlich muß dieselbe Vorschrift rücksichtlich des Pachtgeldes in Anwendung gebracht werden. Richter.

**Dessau** (Anhalt-), eines der drei anhaltischen Herzogthümer, welches aus sechs von einander getrennten Landestheilen besteht, enthält 17 □ Meilen, und in 8 Städten, 2 Marktflecken, 101 Dörfern und 13 Vorwerken, nach der Zählung vom J. 1837 60,945 Einwohner, worunter 1602 Juden, von welchen 743 auf die Stadt Dessau kommen. Die Residenzstadt ist Dessau. — Durch den Theilungsvertrag von 1603 hatte Johann Georg I. dieß Herzogthum erhalten, dessen Sohn Johann Kasimir 1660 starb. Dem Letzteren folgte Johann Georg II., welcher sich mit Henriette Katharina, Prinzessin von Oranien, vermählte und 1669 Groß-Alsleben erwarb. Er gründete die Stadt Oranienbaum, bemühte sich aber vergebens Aschersleben wieder zu erhalten, und die alten Ansprüche des fürstlichen Hauses auf Sachsen-Lauenburg durchzusetzen, und nahm, nebst den übrigen Fürsten Anhalts, Titel und Wappen der Herzoge zu Sachsen an, worauf er 1693 verstarb. Seine Gemahlin führte bis 1698 für ihren einzigen Sohn Leopold I. die Vormundschaft, welcher sich durch seine kriegerische Laufbahn und glänzenden Feldzüge berühmt gemacht hat, und durch seine Verdienste um das königlich preußische Haus, dessen Militärwesen er sehr verbesserte, so wie durch seine Verdienste um Kaiser und Reich bekannt ist. Er that außerordentlich viel für sein Land, erwarb 1717 das Amt Gröbzig von Bernburg, kaufte viele Güter im Auslande und starb 1747, worauf ihm sein Sohn Leopold Maximilian folgte, der aber schon vier Jahre nachher wieder mit Tode abging. Da dessen Sohn

2) Dürr, de annis gratiae canonicorum ecclesiarum cathedralium et collegiatarum in Germania; in Schmidt, thes. iur. eccl. T. VI. p. 178.

Leopold Friedrich Franz noch unmündig war, so verwaltete der Oheim, Fürst Dietrich, das Land bis 1758, Franz aber sorgte nach angetretener Regierung wahrhaft väterlich für seine Unterthanen, und erstreckte diese Sorgfalt auch auf den 1797 erhaltenen zerbster Antheil. Was er während seiner langen Regierung für sein ganzes Land gethan, wie er die durch den Krieg demselben geschlagenen Wunden zu heilen wußte, wie er durch treffliche Einrichtungen und Stiftungen des Landes Wohlfahrt beförderte und dasselbe zu einem Garten umschuf, wird sein Andenken für alle Zeiten segensreich erhalten. Er nahm 1807 den herzoglichen Titel an, und starb den 9. August 1817; ihm folgte sein Enkel, der jetzt regierende Herzog Leopold Friedrich, geboren den 1. Oct. 1794. Dieser traf manche heilsame Veränderung in der Verwaltung, ließ sich die Verbesserung der Rechtspflege angelegen sein, hob im Jahre 1819 die den Domänenpächtern überlassenen Untergerichte auf, welche in zwei neuerrichtete Justizämter vereinigt wurden, und bewirkte die Vereinigung der lutherischen und reformirten Kirche 1827 zu einer evangelisch-christlichen. — Unter ihm schloß sich Anhalt-Dessau 1828 dem preußischen Zollverbande an; übrigens stellt das Herzogthum zum Bundescontingent 529 Mann.

Der jedesmalige regierende Herzog zu Anhalt-Dessau führt den Titel: regierender Herzog zu Anhalt, Herzog zu Sachsen, Engern und Westphalen, Graf zu Ascanien, Herr zu Zerbst, Bernburg und Gröbzig, und dieser Titel unterscheidet sich von dem der beiden anderen Herzöge nur dadurch, daß Zerbst vor Bernburg gesetzt und zuletzt noch Gröbzig hinzugefügt ist. Das anhalt-dessauische Wappen, über welchem eine Herzogskrone befindlich ist, besteht nebst dem Herzschilde aus zwölf Feldern, auf welchen sechs Helme mit Zierrathen ruhen, und wird von zwei schwarzen gekrönten Bären mit goldenem Halsbande gehalten, ist daher von dem früheren fürstlichen nur durch die nunmehrige herzogliche Krone unterschieden. — Der Herzog ist unumschränkt (souverain), besitzt die höchste vollziehende Gewalt, und alle Staatsämter sind von ihm abhängig; seine persönlichen Angelegenheiten besorgt das geheime Cabinet. Das Hofmarschallamt führt die Aufsicht über die herzoglichen Schlösser und Gärten im Alt-Dessauischen, über die herzogliche Küche und Keller und die dabei angestellten Personen, während im zerbster Antheile die herzoglichen Schlösser und Gärten unter einem Forstmeister stehen. Dem Oberstallmeister ist der herzogliche Marstall und dem Oberjägermeister das Jagdwesen nebst den dabei angestellten Personen untergeordnet. Das Oberjägermeisteramt kann übrigens, bei Untersuchung und Bestrafung von Wilddiebstählen durch die behörigen Criminalgerichte, einen fiscalischen Anwalt bestellen, bloße Jagdfrevel aber, bei welchen kein Verdacht eines beabsichtigten Wilddiebstahls vorliegt, selbst bestrafen; gegen seine Strafbefehle findet blos die Beschwerdeführung beim regierenden Herzog statt. — Die Verwaltungsbehörden des Landes betreffend, so sind die Landesregierung und die Kammer in Dessau die obersten Justizbehörden. Jene, unter welcher alle Justizämter stehen, ist die erste Instanz der schriftsässigen Personen (jedoch nicht in peinlichen Untersuchungssachen) und der schriftsässigen Sa-

chen, führt die Aufsicht über die städtische Communalverwaltung, das Erbschaftsstempelwesen, alle Erbzinssachen und jüdische Gemeindesachen, und verwaltet die Brandcasse; die Innungssachen aber sind, nach einer Verordnung vom 31. December 1833, zwischen ihr und der herzoglichen Kammer vertheilt; sie gibt in allen peinlichen Sachen, wo über zwei Wochen Gefängnißstrafe oder 5 Thlr. Geldstrafe zu erkennen ist, das erste Erkenntniß, und von ihr geht die Appellation an das Oberappellationsgericht in Zerbst; zugleich ist sie der Lehnshof, prüft die im Justizfache Anzustellenden, hat die Disciplinaraufsicht über die darin Angestellten, und redigirt die Gesetzsammlung. Sie bildet auch das Consistorium, wozu noch ein geistlicher Consistorialrath, der zu Zerbst jedesmalige angestellte Superintendent, gehört. Diesem Collegium sind die Geistlichen und Schullehrer und ihre Angelegenheiten unterworfen, und alle die Kirchen und die Ehe betreffenden Sachen werden von demselben verhandelt; doch gehören Beschwerden der Eheleute wegen übler Behandlung, sofern daraus nicht wenigstens auf Trennung von Tisch und Bett angetragen wird, vor die ordentlichen Civilgerichte der Person. Die Landesregierung besteht aus einem Präsidenten, vier Räthen, zwei Kanzleisecretären, einem Registrator und zweien Regierungsboten, bisweilen sind auch noch Referendare dabei angestellt. — Die Kammer, welche früher den zu wenig bezeichnenden Namen Rentkammer führte, bildet, nach der landesherrlichen Bekanntmachung vom 8. December 1832, die neuen Einrichtungen in der Verwaltung der Finanz- und Polizeiangelegenheiten u. s. w. betreffend, die oberste Verwaltungsbehörde in Betreff der inneren Angelegenheiten und in Polizei- und Verwaltungssachen, und mit ihr sind die Grenzcommission, die Steuerdirection und die Direction des zerbster Zucht- und Zwangsarbeitshauses vereinigt; die Armen- und Arbeitscommission zu Dessau aber, unter welcher wiederum die Armenvorstände in den Städten und Dörfern stehen, nachdem das Landarmenwesen im altdessauischen Lande durch ein Gesetz vom 12. Juni 1830 und hierauf das Armenwesen der Residenzstadt Dessau durch ein Gesetz vom 18. Dec. 1831 eine neue Einrichtung erhalten hatte, ferner die seit 1793 niedergesetzte Medicinalcommission, welche künftig nur eine technisch rathgebende Behörde in medicinal-polizeilichen und gerichtlichen Angelegenheiten bildet, und das Bauamt für alle zum Kammerressort gehörigen Bauangelegenheiten sind ihr als Oberbehörde untergeordnet. Die Kammer bildet ein Collegium unter dem Vorsitz eines Kammerpräsidenten, und besteht aus drei Abtheilungen. Die erste Abtheilung des Inneren und der Polizei übernimmt 1) alle inneren Angelegenheiten der Landeshoheit und die der Grenzcommission bisher übertragenen Geschäfte, das Postwesen, das Communalwesen, so weit dasselbe nicht zum Ressort der Regierung gehört, die Aufsicht über alle öffentlichen Anstalten, das Armenwesen u. s. w.; 2) die gesammte Handels- und Gewerbepolizei, mit Ausschluß dessen, was zur Innungsverfassung gehört und von der herzogl. Regierung bearbeitet wird; 3) die Medicinal- und Gesundheitspolizei, die Anstellung der Aerzte, Wundärzte und Hebammen, die Oberaufsicht über Kranken- und Irrenhäuser u. s. w.; 4) die gesammte Sicherheits- und Ordnungspolizei, die

Aufsicht über alle Gefängnisse, Zucht-, Straf- und Correctionsanstalten u. s. w.; 5) das Militärwesen, so weit hierbei Einwirkung der Civilbehörde, und 6) das Bauwesen, so weit es bei den zum Ressort dieser Abtheilung gehörenden Gegenständen stattfindet. — Die zweite Abtheilung, die Domänendirection, bearbeitet alle Angelegenheiten, welche sich auf die Verwaltung der Domänen und herzogl. Privatgüter, die landwirthschaftliche Polizei, und zugleich auf die Anlegung und Erhaltung der Kunststraßen, Wege und Dämme und das Bauwesen, so weit es hierbei vorkommt, beziehen. — Die dritte Abtheilung, die Steuerdirection, hat das gesammte Steuerwesen unter sich. Jeder dieser drei Abtheilungen steht ein Rath als Dirigent vor, welcher in der Regel ohne Concurrenz der übrigen Mitglieder der Kammer in seinem Geschäftskreise verfügt und die Sache zum Schluß bringt; nur für Rechts-, Medicinal- und Bausachen sind ein Justitiarius, ein Medicinalrath und ein Baurath beständige Correferenten. — Die Rechnungskammer ist nach einer landesherrlichen Bekanntmachung vom 16. November 1832 (Gesetzsammlung Nr. 77, S. 517), die herzogl. Rechnungskammer, ihre Einrichtung und ihre Stellung zu anderen herzogl. Behörden betreffend, dazu bestimmt, nicht nur die Oberrevision sämmtlicher Rechnungen aller zum Staatshaushalte gehörigen Verwaltungen und Cassen zu bewirken, sondern auch darüber zu wachen, daß die für die gesammte Finanzverwaltung und ihre einzelnen Zweige festgestellten allgemeinen Grundsätze, Etats und Instructionen gehörig gehalten, beobachtet und darin keine, von dem regierenden Herzoge nicht ausdrücklich genehmigte, Abänderungen gemacht werden. Sie ist aus einem Director und einem Rechnungsrathe zusammengesetzt, denen ein Hauptbuchhalter und zwei Calculatoren beigegeben sind, und steht unter dem unmittelbaren Befehle des Herzogs. Von denjenigen Cassen, deren Rechnungen sie zu revidiren hat, sind die beiden Hauptcassen: die Hauptkammercasse und die Casse der Schuldenverwaltung. — Das Oberforstamt, welches eine selbstständige Behörde ist, besorgt alle Forstangelegenheiten; alle Forstbediente stehen unter ihm, und das Ganze leitet ein Oberforstmeister. — Das seit 1791 eingesetzte Wittwencassen-Curatorium verwaltet die allgemeine Wittwencasse, und steht unter specieller Aufsicht der Landesregierung. Eine besondere Predigerwittwen- und Sterbecasse gibt es außerdem noch im ehemaligen Fürstenthume Anhalt-Zerbst. — Die Leopold-Stipendiencommission führt die Verwaltung einer von Leopold Friedrich seit 1819 gegründeten gewissen Anzahl Stipendien für Söhne auf dem Lande wohnender herzogl. Diener, welche diese Söhne in die Hauptschulen zu Dessau oder Zerbst schicken wollen, und für Studirende. — Die seit 1808 errichtete Kriegscommission besorgt die Militärangelegenheiten, so weit nicht die Einwirkung der Civilbehörden bei Einquartierungen, Lieferungen u. dergl. stattfinden muß. Uebrigens bildet sie die zweite Instanz für dienstthuende Militärpersonen, hinsichtlich der Beurlaubten aber nur wegen militärischer Dienstverbrechen; die erste Instanz für dergleichen Personen bilden die Militärgerichte, s. Verordnung wegen des Gerichtsstandes der Militärpersonen vom 30. Sept. 1816 (Sammlung landesherrlicher Verordnungen, 2. Bd. Nr. 387).

Digitized by Google

Das Herzogthum ist in 7 Aemter eingetheilt; an der Spitze jedes Amtes steht ein Justizamtmann, welchem ein Actuarius beigegeben ist; in der Hauptstadt Dessau aber ist das Justizamt und der Magistrat zu einem Stadt- und Landgerichte seit 1834 vereinigt worden, bildet das 8. Amt, umfaßt den Amts- und Rathsbezirk der Stadt Dessau und die zu dem Amte Dessau gehörigen Ortschaften mit deren Feldfluren, und besteht aus einem Director mit dem Justizrathstitel, zweien Räthen, einem Secretär und einem Registrator. Die Justizämter verwalten die Civilgerichtsbarkeit in erster Instanz über alle Personen und Grundstücke, welche nicht schriftsässig sind, auch über die Dienstboten der Schriftsassen und commissionsweise über solche Dienstboten, die in schriftsässigen Häusern wohnen, sodann die Criminalgerichtsbarkeit in allen in ihren Bezirken sich ereignenden Criminalfällen, die freiwillige Gerichtsbarkeit und das Hypothekenwesen, die Vormundschaftssachen, während die Landesregierung Obervormundschaftsbehörde ist, und das Conscriptionswesen. Denselben Wirkungskreis hat auch der Stadtrath zu Zerbst in seinem Bezirke; diesem sowohl als den Justizämtern, sowie den Untergerichten überhaupt, ist die Befugniß ertheilt, über folgende peinliche Verbrechen selbst zu erkennen: 1) über wörtliche und über solche leichte Realinjurien, welche keine Spur äußerlicher Verletzung hinterlassen oder keinen directen nachtheiligen Einfluß auf die Gesundheit gehabt haben; 2) über den ersten kleinen, simpeln, nicht qualificirten Diebstahl, wenn der Werth des Gestohlenen nicht über fünf Thaler austrägt; 3) über alle Arten des gemeinen, nicht qualificirten Betrugs (falsa), wenn das Object des Betruges nicht über fünf Thaler ausmacht. Gegen solche Straferkenntnisse findet blos die Appellation an die Landesregierung statt, welche das zweite Erkenntniß abfaßt, wobei es sein Bewenden behält. — Neben den Justizämtern bestehen die Stadträthe oder Magistrate in den Städten, theils als Verwaltungsbehörden in Gemeindeangelegenheiten, theils als Staatsbehörden, und bilden als erstere ein Collegium, das mindestens drei Mitglieder enthalten soll. Der im J. 1834 neu organisirte Stadtrath zu Dessau, welcher der vereinigten Amts- und Rathsgemeinde dieser Stadt in deren Gemeindeangelegenheiten vorgesetzt ist, mit der Gerichtsverwaltung aber sich nicht weiter befaßt, besteht aus dem Stadt- und Landgerichtspersonale, zwei Kämmerern und sieben Rathsherren. Der Stadtrath zu Zerbst, der bedeutendsten von allen anhaltischen Städten, ist jetzt aus einem Oberbürgermeister, zwei Bürgermeistern, einem Kämmerer, zwei Rathmännern, einem Stadtsecretär, einem Registrator und einem Kammerschreiber zusammengesetzt. Die städtische Obrigkeit führt in ihrer Eigenschaft als Verwaltungsbehörde der städtischen Angelegenheiten die gesammte Verwaltung derselben, und es sind ihr in dieser Hinsicht sowohl alle einzelne Mitglieder der Gemeinde, als auch alle zu öffentlichen Zwecken bestehende, städtische Behörden, ingleichen städtische Corporationen und Stiftungen, in so weit deren Statuten nicht etwas Anderes besagen, untergeben und zum Gehorsam verpflichtet. Als Staatsbehörde ist die Stadtobrigkeit berechtigt und verpflichtet, nicht nur darauf zu sehen, daß die bestehenden Landesgesetze und Vorschriften beobachtet werden, sondern auch die Aufträge, welche ihr in Lan-

desangelegenheiten von den Staatsbehörden im Umkreise der Stadt gemacht werden, zu übernehmen und auszuführen, und sie ist in dieser Hinsicht blos der betreffenden Staatsbehörde untergeordnet. Ferner ist sie die einzige ausführende Behörde, jedoch können zur Verwaltung einzelner Geschäftszweige in jeder Stadt auch Deputationen und Commissionen gebildet werden. Insofern nicht besondere Polizeibehörden bestellt sind, ist sie auch verbunden, die Polizeiverwaltung in der Stadt zu übernehmen, wobei sie aber blos im Auftrage des Staates handelt. Da, wo besondere Polizeibehörden angeordnet sind, hat sie die Polizeibehörde zu unterstützen. Um das gesammte Städtewesen des Herzogthums zu einer solchen Selbstständigkeit und Gleichförmigkeit hinzuführen, daß die Stadtgemeinden und die ihnen vorgesetzten städtischen Obrigkeiten in den Stand gesetzt werden, ohne ein häufiges und zu sehr in das Einzelne gehendes Einschreiten der höheren Behörden die besonderen sie betreffenden Gemeindeangelegenheiten in einem durch das Gesetz selbst geregelten Geschäftsgange zu besorgen und ihr eigenes Gemeindewohl zugleich im Sinne des gesammten Staatszweckes und im Einklange mit dem letzteren zu befördern, ist am 29. December 1832 (Gesetzsammlung Nr. 79, S. 537) eine Städteordnung für das Herzogthum Anhalt-Dessau bekannt gemacht worden, wonach unter Anderem nicht nur der städtischen Obrigkeit ihr Geschäftskreis angewiesen ist, sondern auch Stadtverordneten eingesetzt worden sind, deren Anzahl für jede Stadtgemeinde nach Verhältniß ihrer Größe und des Umfanges der städtischen Angelegenheiten durch ein besonderes Statut bestimmt ist, jedoch nicht unter 9 und nicht über 24 betragen soll, und in gleicher Zahl sollen auch Stellvertreter gewählt werden, und diese sowohl als jene sind verbunden, ihre Stelle sechs Jahre lang zu verwalten. Hierbei ist zu erwähnen, daß durch eine herzogliche Verfügung vom 22. October 1827 die alten Statuten der Stadt Zerbst wegen der Dunkelheit, Zweideutigkeit und Unvollständigkeit ihrer privatrechtlichen Bestimmungen aufgehoben worden sind. — Sowohl der Stadtrath zu Dessau, als der zu Zerbst übte früher die Polizei unter seiner Gerichtsbarkeit aus; allein im J. 1786 wurde in Dessau eine eigene Polizeibehörde eingesetzt, welche jedoch erst 1809 ihre jetzige Einrichtung erhielt und an deren Spitze ein Polizeidirector steht. Seit 1825 ist in Zerbst ebenfalls ein eigenes Polizeiamt errichtet, welches ein Director leitet. In den Vorstädten ist den Richtern in ihrem Bezirke die Polizeiinspection übertragen. Sämmtliche Polizeibehörden sind der Kammer, als Oberlandespolizeibehörde, untergeordnet, und die städtischen haben nebst den Feuercommissären auf dem Lande die Feuerlöschanstalten unter sich. Eine erneuerte Feuerordnung v. 1. Februar 1826 ist am 25. Februar desselben Jahres für die anhaltdessauischen Lande, jedoch mit Ausnahme der Stadt Zerbst, wo die dortige besondere Feuerordnung in Kraft bleibt, und eine erneuerte Brandcassenordnung vom 1. November 1826, am 25. November desselben Jahres bekannt gemacht worden. In den Dörfern handhaben die Dorfgerichte die niedere Polizei, und besorgen die Gemeindeangelegenheiten. — Die adeligen Gerichte verwalten Gerichtshalter (Justitiarien), welche durch die Landesregierung verpflichtet werden. — Die Zahl der Sachwalter des Her-

zogthums, Regierungsadvocaten genannt, ist auf eine von dem regierenden Herzog genehmigte Normalzahl festgesetzt, laut Verordnung vom 7. Jan. 1823. — Zur Sicherheit des Landes wurde 1810 eine Gensdarmerie aus reitenden und Fußgensdarmen errichtet, deren Obliegenheiten in dem Reglement vom 12. August 1810 enthalten sind, und welche als zur Polizei gehörig unter der Kammer steht. — Ein Zucht- und Zwangsarbeitshaus, welches bis 1801 zum Waisen- und Armenhause diente, ist in Zerbst, worin nicht nur Verbrecher und Vagabunden aufgenommen werden, sondern welches auch als Besserungsanstalt für faule und liederliche Inländer benutzt wird. Demselben steht ein Inspector vor, und die Aufsicht darüber hat der jedesmalige Justizbeamte in Zerbst, die Oberaufsicht aber die schon oben erwähnte Direction.

In Betreff der Rechtsverfassung des Herzogthums gilt auch hier, was bereits unter dem Artikel Anhalt als Gesammthaus von den früheren Landesordnungen und dem Gesammt-Oberappellationsgericht erwähnt ist. Auch die kursächsischen Constitutionen gelten jetzt in den gesammten anhalt-dessauischen Landen. In den vormals anhalt-zerbstischen Landen war die Beziehung darauf durch die Kanzlei- und Consistorialordnung vom 20. April 1687 verboten. Aber dieses Gesetz ist zwar nicht ausdrücklich aufgehoben, in Betreff dieses Punktes jedoch außer Anwendung gekommen. — In der neueren Zeit erschienen viele Verordnungen, welche jedoch größtentheils nur polizeiliche Verfügungen sind und zunächst in dem dessauischen Wochenblatte bekannt gemacht worden waren, im Jahre 1784 aber gesammelt unter dem Titel herauskamen: „Sammlung landesherrlicher Verordnungen, welche im Fürstenthum Anhalt-Dessau ergangen sind," welche Sammlung die Verordnungen vom J. 1691 bis 1784 umfaßt. Im J. 1819 erschien ein zweiter Band der Sammlung dieser Verordnungen von 1784—1818. Als Fortsetzung derselben, welche jedoch mehr, als jene, eine genaue Bestimmung und Feststellung aller Rechtsverhältnisse beabsichtigt, ist die im J. 1834 herausgekommene „Gesetzsammlung für das Herzogthum Anhalt-Dessau" zu betrachten, deren erster Band die Verordnungen von den Jahren 1818 bis 1828, der zweite die Verordnungen von den Jahren 1829 bis 1833 enthält, welche einzeln als Beilagen zu dem dessauischen Wochenblatte ausgegeben worden sind. Die später bekannt gemachten sind bisher nur einzeln und noch nicht gesammelt erschienen. Bemerkenswerth von den Gesetzen und Verordnungen größeren Umfanges sind: die Verordnung wegen der Bankerottirer und Wucherer, vom 12. Juli 1818, die Bauordnung vom 13. März 1819, die allgemeine Innungsordnung für die sämmtlichen Innungen in den herzoglich anhalt-dessauischen Landen vom 23. August 1821, das Jagdgesetz vom 10. März 1830, und das Gesetz: die Bestrafung der an Gegenständen des öffentlichen und Privateigenthums, welche im Freien ausstehen und Entwendungen und anderen Beschädigungen vorzüglich ausgesetzt sind, begangenen Frevel betreffend, vom 14. Juli 1830. Zur Abhilfe des längst gefühlten Bedürfnisses, durch Verbesserung der gesetzlichen Formen bei Rechtsstreitigkeiten in den Gerichten den Gang der Rechtspflege abzukürzen und zu sichern, wurden im Jahre

1822 Erläuterungen und Verbesserungen der anhaltischen Prozeßordnung, deren Grundlage die alte kursächsische Prozeßordnung ist, sowie Erläuterungen und Verbesserungen einiger mit dem Verfahren in gerichtlichen Streitsachen mehr oder weniger zusammenhängenden Titel der anhaltischen Landesordnung herausgegeben unter dem Titel: Erläuterungen, Veränderungen und Zusätze zu einigen Titeln der anhaltischen Landesordnung, desgleichen zu der Prozeßordnung, nebst einem Anhange zu der letzteren, die summarischen Prozeßarten betreffend, Dessau 1822. Darin sind unter Anderem enthalten: die Wechselordnung, welcher, mit einigen Abweichungen, der Inhalt der in den königlich preußischen Staaten eingeführten Wechselordnung im Wesentlichen zu Grunde gelegt worden ist, sowie auch die Sporteltaxe für die Gerichte, gerichtlichen Aerzte und Wundärzte und die Advocaten. Aus dem Anhange, der die summarischen Prozeßarten in sich faßt, ist besonders zu erwähnen, daß dessen 2. Capitel vom Executivprozesse, das 8. vom Consistorial- und insbesondere vom Eheprozesse, das 9. von dem Verfahren in geringfügigen streitigen Rechtssachen, das 10. vom Rechnungsprozesse, das 11. von provisorischen Verfügungen und das 12. endlich von dem Hilfsverfahren handelt, welches letztere sehr ausführlich dargestellt ist, indem zugleich alle früheren, auf die Hilfsvollstreckung und öffentliche Versteigerung sich beziehenden Landesgesetze aufgehoben worden sind. Zu diesen Erläuterungen, Veränderungen u. s. w. sind wiederum hier und da Entscheidungen gegeben worden, und werden auch noch ferner gegeben; die ersten sind vom 10. Juni 1824, und finden sich in der Gesetzsammlung Nr. 26, S. 157—168; sodann sind am 14. März 1827 fernere Entscheidungen dazu ertheilt worden, Gesetzsammlung Nr. 35, S. 249—256, dann unterm 1. October 1831, Gesetzsamml. Nr. 60, S. 403—422, und zuletzt den 18. August 1835, Gesetzsamml. Nr. 110, S. 693—695. — Was nun die von dem gemeinen teutschen Privatrechte und sächsischem Rechte abweichenden oder besonders eigenthümlichen Bestimmungen der einzelnen Gesetze des Herzogthums Anhalt-Dessau betrifft, so sollen dieselben im Folgenden kürzlich angeführt werden.

Staatsrecht. Hierbei ist weiter nichts zu erwähnen, als daß Fürst Leopold in der dessauischen Linie im J. 1727 das Erstgeburtsrecht einführte, um sein Land zusammenzuhalten und eine Theilung unter seinen Prinzen zu verhüten; nach einigen Schwierigkeiten erhielt er im J. 1729 die kaiserliche Bestätigung darüber.

Kirchenrecht. Ueber das bei Aufgeboten und Trauungen zu beobachtende Verfahren und über die Eheverbote spricht eine Verordnung vom 27. Juni 1823 (Gesetzsamml. Nr. 25, S. 149), worin unter Anderem festgesetzt ist, daß Personen, welche keine gerichtlich confirmirte Ehestiftung vorzeigen können, weder aufgeboten noch getraut werden dürfen; jedoch sind Fremde, die auswärts ansässig sind, sowie diejenigen, welche gleich nach der Verheurathung ins Ausland ziehen, von dieser Verfügung ausgenommen.

Criminalrecht. Wegen der Diebereien des Gesindes hat eine Verordnung vom 10. Juni 1803 (Sammlung landesherrlicher Verordnungen, Bd. 2, S. 256) verschiedene Bestimmungen gegeben und beson-

Digitized by Google

ders körperliche Züchtigung für kleinere Diebstähle dieser Art als Strafe festgesetzt. — Das anhalt-dessauische Jagdgesetz vom 10. März 1830 (Gesetzsamml. Nr. 48, S. 331) stellt mildere Grundsätze, als das cöthensche auf, indem es z. B. in §. 14 bestimmt, daß, wer in einem fremden Jagdreviere einen Hirsch erlegt oder entwendet, 80 Thlr. Geld-, oder im Unvermögensfalle nur viermonatliche Gefängnißstrafe erleiden soll; und so sind auch für anderes Wild die Strafen verhältnißmäßig bestimmt. Wegen Bestrafung der an Gegenständen des öffentlichen und Privateigenthums, welche im Freien der Beschädigung oder Entwendung vorzüglich ausgesetzt sind, begangenen Frevel ist, mit Aufhebung aller bis dahin dieserhalb erschienenen einzelnen Verordnungen ein neues strenges Gesetz unterm 14. Juli 1830 erlassen worden, welches unter I. allgemeine Bestimmungen enthält, und unter II. von Bestrafung der an einigen besonders benannten Gegenständen des öffentlichen oder Privateigenthums begangenen Frevel handelt, und zuletzt festsetzt, daß die Ortscriminalgerichte in solchen Straffällen das erste Erkenntniß fällen dürfen, wenn der angerichtete Schade nicht mehr als 5 Thaler beträgt und der Angeschuldigte wegen eines ähnlichen Vergehens noch nicht bestraft worden ist; außerdem wird das erste Erkenntniß von der Landesregierung gesprochen. In geringfügigen Straffällen dieser Art, wo höchstens auf 5 Thaler Geld- oder achttägige Gefängnißstrafe erkannt werden kann, sind auch die Polizeidirectionen zu Dessau und Zerbst in ihren Bezirken in einigen bestimmten Fällen berechtigt, gesetzliche Strafen auszusprechen, und gegen deren Strafdecrete gehen die Berufungen an die Kammer zu Dessau. Ein sehr zeitgemäßes Gesetz ist die Verordnung wegen der Bankerottirer und Wucherer vom 12. Juli 1818 (Gesetzsamml. Nr. 1, S. 1), welches zwischen betrügerischen, muthwilligen und unbesonnenen Bankerottirern unterscheidet und in §. 3 bestimmt, daß, wenn ein gefährlicher und betrügerischer Bankerottirer sich gefährlicher Mittel zur Verheimlichung des Betruges, z. B. durch Entfernung oder Verfälschung der Handelsbücher u. s. w. bedient hat; ingleichen wenn der beabsichtigte Betrug von ganz besonderer und großer Bedeutung ist, die Strafe bis auf lebenslängliche Zuchthausstrafe erhöht werden kann. Unbesonnene Bankerottirer, wenn sie den chirographarischen Gläubigern wenigstens 50 Procent zu zahlen im Stande sind, sollen nur die Hälfte der den anderen Bankerottirern bestimmten Strafen erleiden (§. 12). Ehefrauen der Bankerottirer, welche wissentlich am Verbrechen ihres Ehemannes Theil genommen haben, sollen die Hälfte der dem Letzteren bestimmten Strafe erleiden und ihr Eingebrachtes verlieren (§. 14). In Betreff des Wuchers soll, wenn der festgesetzte höchste Zinsfuß um mehr als ein Procent überstiegen ist, das dargeliehene ganze Capital verfallen sein, auch überdieß der Gläubiger entweder mit Zuchthaus- und Arreststrafe oder mit dem vierten Theile des Capitals bestraft werden (§. 32). Rücksichtlich der Alimentation unehelicher Kinder hängt es nach dem Gesetze vom 30. Mai 1815 (Sammlung landesherrl. Verordnungen Bd. 2, Nr. 368), wenn die Mutter mit mehreren Mannspersonen zu thun gehabt hat, von dem Ermessen des Vormundes ab, welche derselben er zuerst auf Erfüllung der

dem Kinde schuldigen Pflichten in Anspruch nehmen will (§. 8). Stirbt der Vater vor vollendeter Erziehung, so können die unehelichen Kinder die Aussetzung des noch Fehlenden aus dessen Nachlaß fordern (§. 24). Sind eheliche Kinder vorhanden, so darf dieser Aussatz nur auf die Nutzungen angewiesen werden (§. 25). Kein Vertrag irgend einer Art, wodurch die einem unehelichen Kinde schuldigen Verbindlichkeiten aufgehoben werden sollen, ist rücksichtlich des Kindes für rechtsbeständig zu achten, wenn er nicht vom Vormunde und der Obrigkeit genehmigt und mit einer hinlänglichen Caution verbunden gewesen ist (§. 28). Ueber die Ansprüche unehelicher, von einem verheuratheten Manne während bestehender Ehe erzeugten Kinder an die Erben des ehebrecherischen Vaters s. Gesetzsamml. Nr. 60, S. 406. Von Ehe- und Schwängerungsklagen gegen Militärpersonen handeln die Edicte vom 24. December 1794 und 2. März 1804, und die Erweiterung und nähere Bestimmung dieser Edicte vom 14. September 1811 (Samml. landesherrl. Verordn. Bd. 2, 338), woraus nur das hervorzuheben ist, daß Ansprüche wegen Alimentation der außer der Ehe von Militärpersonen erzeugten Kinder gegen Officiere ohne Einschränkung, gegen Unterofficiere und Gemeine aber nur dann stattfinden sollen, wenn diese außer der Löhnung noch eigenes disponibles Vermögen besitzen. — Wegen Annahme und Auslieferung der Verbrecher hat Anhalt-Dessau am 17. Oct. 1829 einen Vertrag mit den beiden anderen herzogl. Regierungen bekannt gemacht (Gesetzsamml. Nr. 45, S. 323), wonach, wenn die Gerichtsstände des Wohnortes, des begangenen Verbrechens und der Ergreifung des Verbrechers nicht unter einem Landesherrn stehen, der Gerichtsstand des begangenen Verbrechens der zuständige sein soll. Auch über gegenseitige Zuweisung und Annahme abwesend gewesener und in ihr Vaterland zurückkehrender Personen und Vagabunden ist zwischen der Kammer zu Dessau und den Landesregierungen zu Bernburg und Cöthen unterm 15. Jan. 1831 ein Vertrag abgeschlossen worden. In Betreff der Kostenvergütung in Criminalsachen, besonders gegen unvermögende Personen, hat Anhalt-Dessau mit der preußischen Regierung eine Vereinigung getroffen, laut Verordnung vom 22. Juni 1822. Oeffentliche Zwangsarbeiten hat ein Edict vom 17. Nov. 1818 (Gesetzsamml. Nr. 7, S. 29) als Criminalstrafe eingeführt, wonach lebenslängliche Strafarbeit an der Kette die der Todesstrafe am nächsten kommende Strafe ist. Für die bisher übliche dreitägige Nothfrist zur Einlegung eines Rechtsmittels in Criminalsachen tritt künftig in allen Instanzen eine zehntägige Nothfrist ein (s. Verordn. vom 20. Jan. 1837). Uebrigens ist das Verfahren im Criminalprozesse näher bestimmt in den „Erläuterungen u. s. w. zur Prozeßordnung" S. 141 flg.

Privatrecht. Zunächst ist hier zu bemerken, daß die Geschlechtsvormundschaft für die Weiber, rücksichtlich aller unverheuratheten, nicht unter väterlicher Gewalt stehenden, volljährigen Frauenspersonen seit dem J. 1822 aufgehoben ist (Erläuterungen u. s. w. S. 65). — In Betreff der Mäkler hat eine Verordnung vom 19. April 1803 (Samml. landesherrl. Verordn. Bd. 2, Nr. 254) jedes Versprechen einer Be-

lohnung für die Unterhandlung zur Schließung von Ehen dergestalt für nichtig erklärt, daß der Versprechende nicht allein niemals, selbst wenn er die bündigsten schriftlichen oder mündlichen Versicherungen gegeben hätte, gerichtlich belangt werden, sondern auch das etwa schon Gezahlte als ein indebitum zurückfordern kann. Erwähnenswerth ist auch, daß jeder von einem Mäkler abgeschlossene Contract ungiltig ist, wenn derselbe nicht schriftlich verfaßt und von den dabei interessirten Hauptpersonen durch ihre Unterschriften vollzogen worden ist. Aeltere gerichtlich consentirte und von dem Erwerber eines Grundstücks mit übernommene Hypotheken, sowie rückständige Kaufgelder, wegen welcher Hypothek vorbehalten ist, sollen stets dem früheren oder späteren Eingebrachten der Ehefrau des Käufers vorgehen, laut Verordnung vom 30. Sept. 1815. — Was die schon oben erwähnte Wechselordnung anlangt, welche der preußischen Wechselordnung nachgebildet ist, so ist aus §. 58 derselben nur anzuführen, daß die blos mündlich geschehene Acceptation eines Wechsels kein Wechselverfahren begründet; behält aber der Bezogene den ihm selbst vorgezeigten und eingehändigten Wechsel ohne Erinnerung über Nacht bei sich, so wird dieses für eine stillschweigende Acceptation geachtet. Uebrigens soll bei allen Privatverträgen in Fällen, wo die Münzsorten nicht ausdrücklich bestimmt sind, preußisch Courant als bedungene Münzsorte angenommen werden (Verordn. vom 27. Nov. 1818). — Grundstücke sollen ohne ausdrücklichen Consens des regierenden Landesherrn nicht separirt werden, laut Verordnung vom 1. Mai 1784, und hinsichtlich der unbestimmten Triftgerechtigkeiten müssen sich nach einem Gesetze vom 28. Nov. 1819 (Gesetzsamml. Nr. 14, S. 63) Besitzer der Dienstbarkeit der Uebertrift (servitus actus) gefallen lassen, daß ihnen, wenn solche nicht auf einen bestimmten Triftweg eingeschränkt ist, bestimmte Triftwege angewiesen werden; auch die unbestimmten Fuß- und Fahrwegsgerechtigkeiten sollen nach den Grundsätzen dieses Gesetzes vorkommenden Falls näher bestimmt werden. — Schon seit dem 25. Mai 1804 ist der Judenleibzoll durch eine Verordnung, und der sogenannte Abzug bereits seit dem 23. März 1719 im Innern des Landes durch eine Verordnung aufgehoben worden. Eine Abzugsübereinkunft hat Anhalt-Dessau mit Cöthen am 28. März 1812, mit Sachsen-Weimar am 25. Mai 1816, mit Preußen am 25. Jan. 1817, mit Würtemberg am 20. Mai 1817, und neuerdings mit dem Königreiche Dänemark und Herzogthume Schleswig am 12. Nov. 1832 abgeschlossen, laut der Verordnungen von diesen Datis. — Was das Erbrecht anlangt, welches übrigens theils nach den Grundsätzen des sächsischen, theils des römischen Rechtes beurtheilt wird, so ist seit dem J. 1822 die Gerade, das Mustheil und Heergewette gänzlich aufgehoben worden, und das Heimfallsrecht (ius albinagii), welches in den dessauischen Landen überdieß schon nicht in Anwendung war, soll gegen die Unterthanen des Königreichs beider Sicilien in den dessauischen Landen nach einer Verordnung vom 10. Mai 1819 (Gesetzsamml. Nr. 10, S. 53) nicht ausgeübt werden. Hinsichtlich des Vermögens und der Citation Verschollener setzt ein Edict vom 5. Mai 1788 (Samml. landesherrl. Verordn. Bd. 2, Nr. 155) fest, daß, wenn Jemand über 20. Jahre abwesend ist, und seine nächsten Er-

Digitized by Google

ben die Ausantwortung seines Vermögens nachsuchen und eidlich erhärten, daß sie während dieser Zeit von seinem Aufenthalte, Leben oder Tod keine Nachricht erhalten haben, derselbe, sobald sich Niemand in dem gesetzten Termine einfindet, für todt erklärt, dessen sonstige Erben präcludirt und den sich gemeldeten legitimirten Erben sein Vermögen ohne Caution überlassen werden soll. Sollte aber der Abwesende oder seine näheren Erben sich späterhin melden, so können dieselben das Vermögen zurückfordern. Rücksichtlich im Kriege vermißter oder nicht heimgekehrter Soldaten soll jedoch schon nach Ablauf dreier Jahre, von Abschluß des Friedens an gerechnet, die Edictalladung auf Antrag der Verwandten erfolgen. Ist der Verschollene in Kriegsdiensten einer fremden Macht nach außereuropäischen Colonien geschickt worden, so darf die Edictalladung erst nach zwanzigjähriger Abwesenheit erfolgen; übrigens braucht der Besitzer des Vermögens vom Verschollenen alle wirklich genossenen Nutzungen nicht zu restituiren, wie in dem zuletzt erwähnten Edicte verordnet worden ist, s. Edict vom 8. März 1818 (Samml. landesherrl. Verordn. Bd. 2, Nr. 408). Personen, welche zur Zeit ihres Todes eine bestimmte Armengabe von der Armen- und Arbeitscommission genossen haben, können von Ascendenten oder Seitenverwandten nicht beerbt werden (§. 1 der Verordnung vom 21. Jan. 1815; Samml. landesherrl. Verordn. Bd. 2, Nr. 364); dergleichen Personen können über ihren Nachlaß auf den Todesfall nicht disponiren (§. 3), und dieser Nachlaß kann nur auf die Descendenten oder Ehegatten derselben verfällt werden (§. 4). Fehlen diese, so succedirt die Almosencasse des Ortes (§. 5). Nicht unerwähnt kann endlich noch die Verordnung vom 8. Sept. 1831 (Gesetzsammlung Nr. 57, S. 391) bleiben, welche die Förmlichkeiten der Testamentserrichtungen der Personen, die sich in den wegen ansteckender Krankheiten gesperrten Häusern, Straßen oder Gegenden befinden, ingleichen die Verschonung derselben mit Ungehorsamsstrafen des bürgerlichen Rechtes und Rechtsausschließungen betrifft, und welche die wegen der Testamente der Soldaten bestehenden gesetzlichen Vorschriften auf alle solche Personen unter näheren Bestimmungen angewendet wissen will. Die letztwilligen Verordnungen solcher Personen sind von den bei Errichtung feierlicher Testamente vorgeschriebenen Förmlichkeiten völlig frei (§. 4 der genannten Verordnung). Ein von dem Testamentserrichter eigenhändig geschriebenes und unterschriebenes Testament ist völlig giltig (§. 5). Auf die äußere Form kommt dabei nichts an (§. 6). Hat der Testator den Aufsatz blos unterschrieben, so ist die Mitunterschrift auch nur eines glaubwürdigen Zeugen hinreichend (§. 7). Ein in einem abgesperrten Hause von einem Anderen aufgenommener, von dem Testator nicht unterzeichneter letzter Wille abgesperrter Personen ist völlig rechtsgiltig, sobald nur die Aufnahme in Gegenwart zweier, gleichviel, ob weiblicher oder männlicher, Zeugen geschehen ist (§. 11). Dergleichen Testamente gelten, wenn der Testamentserrichter nicht während der Sperre gestorben ist, noch auf ein halbes Jahr nach aufgehobener Sperre (§. 12). Mündliche letztwillige Verordnungen abgesperrter Personen sind rechtsgiltig, wenn sie vor zwei glaubwürdigen Zeugen erklärt worden sind (§. 16). Diese blos

mündlichen Testamente gelten jedoch nur insofern, als der Testator noch während der Sperre in dem abgesperrten Hause verstorben ist (§. 17).

Prozeß. Was die Handlungen der willkürlichen Gerichtsbarkeit betrifft, so ist nach einer Verordnung vom 7. Oct. 1815 (Samml. landesherrl. Verordn. Bd. 2, Nr. 375) jeder Richter nur innerhalb des Bezirkes der ihm anvertrauten Gerichte Testamente und andere Handlungen der Art aufzunehmen berechtigt. Hinsichtlich der streitigen Gerichtsbarkeit kann hier nur Einiges hervorgehoben werden. Statt der sächsischen Frist, welche die Ladung zu den Haupthandlungen des ordentlichen Prozesses früher enthalten mußte, ist künftig nur eine dreißigtägige Frist vorgeschrieben (Erläuterungen u. s. w. zur Prozeßordnung S. 87). Das in den Gerichten übliche mündliche Verfahren ist Regel, und bleibt für alles gerichtliche Disputiren auf zwei Sätze für jeden Theil beschränkt, muß aber ohne Vorbehalt des sonst üblich gewesenen Triduums an dem Termintage selbst zu Ende gebracht werden; nur wenn ein Theil, an dem der Satz steht, zu dieser Beendigung der Sache in einem Gerichtstage nicht gefaßt ist, tritt ein schriftliches Verfahren von 8 zu 8 Tagen ein (Erläuterungen u. s. w. S. 102). Der Eidesantrag ist auch über fremde Handlungen in Civilsachen statthaft, weßhalb auch einem Gütervertreter im Concurse der Eid zugeschoben werden kann (Erläut. S. 110). Von der Veränderung des Beweises ist S. 114—117 der Erläuterungen u. s. w. gehandelt. In Hinsicht der summarischen Prozeßarten ist der sogenannte unbestimmte summarische Prozeß (processus summarius indeterminatus) gänzlich abgeschafft, und es brauchen die Termine in allen summarischen Prozessen nur einen Zeitraum von 14 Tagen, vom Insinuationstage an, zu enthalten (Erläut. S. 193 u. 194). Eigenthümlich ist die Vorschrift im Executivprozesse (Erläuter. S. 196). Die geschehene Aufkündigung einer verbrieften Schuld wird als stillschweigend zurückgenommen angesehen, wenn der Gläubiger vom Schuldner noch Zinszahlungen angenommen hat, welche erst nach dem Termine der Zahlbarkeit des Capitals fällig geworden sind, und wird der Gläubiger mit der angestellten Executivklage noch zur Zeit abgewiesen. Die Bestimmung, daß, wenn aus gerichtlichen Documenten geklagt wird, sofort Zahlungsbefehle (mandata de solvendo) erlassen werden sollen, ist aufgehoben (Erläuter. S. 196). In Ehesachen sind die Eideszuschiebungen, der Eid möge für oder wider die Ehe gehen, zulässig. Die streitige Rechtsfrage, ob, um auf die gesetzmäßige Vermögensstrafe des Ehebruches erkennen zu können, ein blos präsumtiver Ehebruch hinreichend sei, ist verneinend entschieden (Erläuter. S. 209 u. 212). — Was schließlich das Verfahren in geringfügigen streitigen Rechtssachen betrifft, so sind für geringfügig zu halten: 1) alle die, deren Gegenstand nicht über 30 Thaler austrägt; 2) alle Injuriensachen zwischen Leuten des gemeinen Bürger- und Bauernstandes, mit Ausschluß der Pasquille und Schmähschriften und derjenigen Realinjurien, welche äußerliche Spuren einer körperlichen Verletzung hinterlassen; wogegen es, falls Injurienprozesse zwischen Honoratioren entstehen, von der Wahl des Klägers abhängt, ob er summarie oder in processu ordinario mit Zuziehung eines Rechtsbeistandes klagen will; 3)

alle Gesindesachen und 4) alle Innungssachen, beide, wenn sie ihrem Gegenstande nach nicht über 30 Thaler betragen, und die letzteren auch nur dann, wenn sie nicht als Regierungs-, sondern als reine Parteisachen anzusehen sind (Erläuter. S. 215—217).

G.....e.

**Devolutionsrecht.** Mit diesem im Corpus iuris canonici noch nicht technischen Namen wird das in der hierarchischen Ordnung unmittelbar begründete allgemeine Recht bezeichnet, vermöge dessen der höhere Kirchenobere dann thätig werden darf, sobald der ihm unmittelbar Untergeordnete seiner Pflicht entweder nicht, oder doch nicht in der gesetzlichen Weise genügte. In diesem Sinne ist das Devolutionsrecht ein wesentlicher Theil der im Primat enthaltenen Befugnisse, den als solchen auch die Anhänger des Episkopalsystems zuzugestehen gezwungen sind.

Unter den Verhältnissen, in denen es wirklich werden kann, ist schon durch das dritte Concil vom Lateran (1179) die Verleihung der Kirchenämter besonders hervorgehoben [1]). Hier gilt die allgemeine Regel, daß, sobald der zur Provision Berechtigte innerhalb der gesetzlichen a die notitiae laufenden Frist die Provision nicht ausübte, sein Recht sofort, und ohne daß es noch einer besonderen Erinnerung bedarf, für dießmal verloren gehe, immer jedoch unter der Voraussetzung eines wirklichen Verschuldens, weßhalb z. B. dieser Verlust dann nicht eintritt, sobald dem Berechtigten irgend ein factisches oder rechtliches Hinderniß entgegenstand [2]). Dieselbe Wirkung tritt dann ein, sobald die Provision auf eine ungeeignete Person gerichtet, und die letztere von dem Oberen verworfen wurde [3]); endlich greift sie Platz bei einer Simonischen Verleihung mit dem Ausgange der über diese angestellten Untersuchung. Rücksichtlich aller Kirchenämter in der Diöcese geht das Recht des in Hinsicht ihrer der bischöflichen Jurisdiction unterworfenen Collators oder Patrons auf den Bischof [4]) über, oder es wird, wie die Quellen sich ausdrücken, auf ihn devolvirt, und zwar geschieht dieß auch in den Fällen, wo das Capitel entweder allein [5]), oder zugleich mit dem Bischofe zu verleihen hatte, sobald dieser zufällig im Stifte selbst präbendirt ist [6]). Von dem Bischofe sollte nach der Bestimmung des dritten Concils vom Lateran das Verleihungsrecht auf das Capitel übergehen [7]); indessen ist diese Verfügung mit der veränderten Auffassung des Verhältnisses zwischen den Bischöfen und ihren Capiteln

---

1) C. 2. de concess. praeb. (3. 8.)

2) C. 3. de suppl. negl. prael. (1. 10.) C. 5. de concess. praeb. (3. 8.)

3) Ueber die bei dem geistlichen und Laienpatronat hier obwaltende Verschiedenheit s. im Art. Patronatrecht.

4) C. 2. de suppl. negl. prael. (1. 10.) C. 12. X. de iure patr. (3. 38.) Clem. un. de suppl. negl. prael. (3. 5.)

5) C. 2. de conc. praeb. (3. 8.)

6) C. 15. h. t.

7) Vergl. Anmerk. 1. Ueber diese Stelle Berardi, comm. in ius. eccl. tom. II. p. 149, dessen Versuch, sie auf einen zwischen Bischof und Capitel bestehenden Turnus der Verleihung zu beschränken, jedoch ganz unzulässig erscheint.

unpraktiſch geworden, und es tritt mithin hier jetzt das Devolutionsrecht des Erzbiſchofs in die Mitte, welches auch dann ſich geltend macht, wenn die Collation dem Biſchof als ſolchen und dem Capitel zuſteht, und beide ſich ſäumig erweiſen [8]). Auf die Wahlen der Erzbiſchöfe und Biſchöfe hatte Innocenz III. noch im J. 1208 die Vorſchrift des dritten Concils vom Lateran für unanwendbar erklärt [9]), doch finden wir dieſelbe durch das vierte Concil vom Lateran (1215) ausdrücklich auch für ſie beſtätigt [10]), wiewohl nach einer Erläuterung Bonifaz VIII. [11]) nur für den Fall, ſobald die dreimonatliche Wahlfriſt verſäumt worden iſt, während bei einer wirklich vollzogenen, aber caſſirten Wahl das Recht wie früher auf den Papſt devolviren ſoll. Nach einzelnen neueren Verträgen iſt jedoch den Capiteln verſtattet worden, zu einer neuen Wahl zu ſchreiten, ſobald entweder die erſte Wahl nicht in der canoniſchen Weiſe vollzogen oder auf ein nicht qualificirtes Subject gerichtet worden war [12]). Daß endlich das päpſtliche Devolutionsrecht auch dann wirkſam werden dürfe, wenn der Regent das ihm zugeſtandene Nominationsrecht nicht ausübt, ſcheint eben ſo wenig bezweifelt werden zu können, als daß das Recht des Biſchofs auch dem landesherrlichen Patronatrechte gegenüber nicht alterirt werde. Dieſer im bayerſchen Concordate anerkannte Satz iſt jedoch z. B. in der bekannten ſachſen-weimariſchen Verordnung vom 7. Oct. 1823 ausdrücklich verworfen worden [13]).

Mit der eingetretenen Devolution wird die dennoch von dem urſprünglich Berechtigten vollzogene Proviſion ungiltig, wenn der Obere ſie nicht ausnahmsweiſe gelten läßt [14]). Iſt dieß nicht der Fall, ſo iſt der Letztere bei der Ausübung ſeines Rechtes an die Bedingungen ſchlechthin gebunden, von welchen das Recht des urſprünglichen Verleihers abhing, eine Regel, welche auch bei einer von dem Papſt auf der Grundlage des Devolutionsrechtes zu vollziehenden Ernennung für ſich Geltung fordern müßte.

In der evangeliſchen Kirche kann das Devolutionsrecht im wahren Sinne nur dann vorkommen, wenn der Patron entweder die Präſentationsfriſt verſäumt, oder Simoniſch oder einen Unfähigen präſentirte. Wo jedoch noch proteſtantiſche Stifter mit alter Verfaſſung beſtehen, wird auch die Verleihung an den Landesherrn devolvirt, ſobald das Capitel ſie nicht innerhalb der geordneten Friſt vollzogen hat [15]). Richter.

---

8) C. 15. de conc. praeb. (3. 8.)

9) 12. h. h.

10) C. 41. de elect. (1. 6.)

11) C. 18. de elect. in VI. (1. 6.)

12) Z. B. in der Bulle Impensa Rom. Pont. für Hannover (Weiss, corp. iur. eccl. p. 169) und Ad dominici gregis custodiam für die oberrhein. Kirchenprovinz (ebendaſ. S. 204).

13) Bei Weiß a. a. O. S. 335.

14) C. 1. in fin. de post. prael. (1. 5.)

15) Eichhorn, K.-R. Bd. 2, S. 733.

**Diacon** ist der zum ministerium ordinirte Geistliche des dritten Ordo [1]).

Seit sich in Jerusalem eine eigene christliche Gemeinde gebildet, bedurfte man außer den Vorständen, als welche die Apostel selbst erscheinen, noch besonderer Diener, welche nach dem Muster der in der Synagoge üblichen Chasanim (ὑπηρέται) bestellt werden konnten [2]). Anfangs mögen aber außer den etwa sich der neuen Gemeinde anschließenden älteren Synagogendienern freiwillig andere Genossen die erforderlichen Geschäfte übernommen haben [3]). Die Wohlthätigkeitspflege, insbesondere die freiwillige Ausgleichung des Vermögens in Jerusalem [4]) nöthigte indessen zur Anstellung eigener Almosenpfleger (διάκονοι, οἱ ἑπτα) [5]), welche weiter verpflanzt zugleich verschiedene andere Functionen erhielten [6]). Daher konnte bereits Ignatius erklären: Diaconi non ciborum et potuum ministri sunt, sed ecclesiae Dei ministri [7]). Die Stellung der Diaconen im Allgemeinen ergibt sich aber daraus, daß sie überhaupt als ministri, als Gehilfen der Bischöfe und Presbyter erscheinen, und nur in gewissen Geschäften schlechthin oder ausnahmsweise eine selbstständigere Bedeutung haben. Zwar sind bereits während des Mittelalters Diaconen als besondere Beamte mit dem vollen Geschäftskreise seltener bestellt worden, so daß das tridentinische Concil [8]) sich veranlaßt fand, die Herstellung dringend zu empfehlen; dieß ist indessen doch nicht in der gewünschten Weise geschehen, und das Diaconat dient mehr nur zur Erlangung von Beneficien, welche diesen Ordo erfordern, oder als Mittel, zu höheren Würden befördert zu werden; dennoch sind die gemeinrechtlichen Bestimmungen

---

1) Von Quellen sehe man besonders c. 10 sq. dist. XXIII; c. 6 sq. dist. XCIII. — Literatur: Caspar Ziegler, de diaconis et diaconissis veteris ecclesiae. Viteberg. 1678, 4. Thomassin, vetus ac nova ecclesiae disciplina P. I. lib. I. c. 51. 52. 53. nr. 1. lib. II. c. 29—33. Bingham, origines eccl. lib. II. cap. 20. Binterim, die vorzüglichsten Denkwürdigkeiten der christkathol. Kirche, Bd. 1, S. 335—386. Augusti, Denkwürdigkeiten, Bd. 11, S. 194 flg.

2) Vitringa, de synagoga vetere, lib. III. P. II. cap. 4 (ed. II. p. 914 sq.).

3) So die νεώτεροι, νεανίσκοι (Apostelgesch. V. 6. 10.). Vgl. Rothe, die Anfänge der christlichen Kirche (Wittenberg 1837), Bd. 1, S. 163, Anm. 27.

4) Apostelgesch. V. 4.

5) Apostelgesch. VI. 1 flg. Ob es schon vorher besondere Armenpfleger in Jerusalem gegeben, scheint zweifelhaft (m. s. Rothe a. a. O. S. 164, Anm. 28). Auf die Zahl sieben legte man auch später besonders Gewicht. Man s. z. B. c. 14. Conc. Neocaesar. a. 314 (c. 12. d. XCIII). c. 11. d. XCIII. (Ps. Isidor.) Die Synode zu Cöln von 1400, Cap. 2 (Hartzheim, Conc. Germaniae T. IV. p. 549) bestimmte, es sollten 5 — 6 Diaconen an der Kathedrale befindlich sein. Doch finden sich häufig auch bei weitem mehr (man s. z. B. Novelle III, Cap. 1).

6) Dieß mußte um so mehr geschehen, als das Wegfallen der Gütergemeinschaft, welche sich außerhalb Palästina gar nicht findet, die Verwaltung vereinfachte.

7) Ad Trallian. cap. II; vergl. ad Polycarpum c. VI, ad Magnesios c. VI.

8) Sess. XXIII. cap. XVII. de reform.

noch immer von Einfluß, indem doch überhaupt noch dieser Ordo seine kirchliche Bedeutung besitzt und diejenigen, welche denselben inne haben, nach den darüber bestehenden Grundsätzen beurtheilt werden müssen. Wir betrachten daher die Voraussetzungen, dann die Rechte und Pflichten der Diaconen.

Die Requisite zum Empfange der Diaconenweihe sind zunächst die allgemeinen des Ordo überhaupt (s. d. Art.), insbesondere der Besitz des Subdiaconats und ein bestimmtes Alter. Da die Diaconen den Leviten des Tempels verglichen wurden (ad Levitarum ministerium sacrantur) [9]), forderte man das diesen vorgeschriebene Alter von 25 Jahren [10]), welches Clemens V. auf dem Concil zu Vienne im J. 1311 auf das zwanzigste herabsetzte [11]), das tridentinische Concil jedoch auf das dreiundzwanzigste bestimmte [12]), was aber vom zurückgelegten zweiundzwanzigsten verstanden wird [13]).

Die Ordination selbst hat in ihren Riten gewechselt. Von Beginn her erfolgt sie aber durch den Bischof allein, welcher den zu Weihenden durch Handauflegung segnet [14]), ihn aber nicht salbt [15]). Er bekleidet ihn mit der Stola (orarium), welche er über der linken Schulter nach der rechten Hüfte zu trägt [16]), mit der Dalmatica [17]) (d. i. einem leichten

---

9) C. 1. §. 13. d. XXI. (Isidor. Etymolog. VII. 12.) S. auch die Citate der folg. Anm.

10) IV. Mosis VIII. 24. — M. s. Conc. Carth. III. a. 397, c. 4 (c. 5. d. LXXVII. c. 14. CXX. q. I). Conc. Agathense a. 506, c. 16. Tolet. IV. a. 633, c. 20 (c. 6. 7. d. LXXVII) u. a. Nov. CXXIII. c. 13. vergl. c. 2. d. LXXVIII. Der in einem geringeren Alter Ordinirte sollte suspendirt bleiben, bis er das legale erreicht hatte. C. 14. X. de temporib. ordinat. (1. 11.) (Honor. III. a. 1220).

11) Clem. 3. de aetate (1. 6.); recipirt Synod. Narbonnens. a. 1551 (Coll. Conc. ed. Hardouin, T. X. p. 442), Synod. Colon. a. 1536 (Hartzheim, T. VI. p. 247) u. a. Auch hierbei war die spätere Einrichtung der Synagoge leitend gewesen. I. Chron. XXIII. 24. 27. II. Chron. XXXI. 17.

12) Sess. XXIII. cap. XII. de ref.

13) S. Gonzalez Tellez ad cap. 7. §. 2. X. de electione (1. 6.) nr. 10. Daher erklärt ausdrücklich die ermländische Synode von 1610: aetas in assumendis ad Diaconatus ordinem est viginti trium annorum — istos sufficit tamen inchoatos esse (Hartzheim, T. IX. p. 128, 129).

14) Apostelgesch. VI. 6. Can. Apostol. 2. — Conc. Carthag. IV. c. 4 (Stat. eccl. antiqua c. 92. in c. 11. d. XXIII). Vergl. Constit. Apostol. lib. VIII. c. 18.

15) C. 12. d. XXIII (Nicolaus I. a. 964). Vergl. Gratian. post c. 23. C. I. q. VII. §. 4 (sine sacramentali unctione, sola episcopi benedictione). Darum, sowie aus anderen Gründen, ist es sehr bestritten, ob die Weihe des Diaconus noch Sacrament sei. M. s. die genaue Exposition von Benedict XIV.: de synodo dioecesana lib. VIII. cap. IX.

16) Unum orarium oportet Levitam gerere in sinistro humero, propter quod orat, id est praedicat: dexteram autem partem oportet habere liberam, ut expeditius ad ministerium sacerdotale discurrat. Conc. Tolet. IV. a. 633, c. 40 (c. 3. d. XXV). Vergl. Conc. Laodic. c. 22 (med. IV. sec.) (in c. 27. d. XXIII). Bischöfe und Presbyteren tragen die Stola auf beiden Schultern. M. s. Conc. Bracar. III. a. 675, c. 3 (c. 9. d. XXIII).

17) M. s. c. 10. d. XXIII. (Gregorius I. a. 599), und vergl. Binterim, Denkwürdigkeiten, Bd. 4, Th. 1, S. 214 flg.

Obergewande mit weiten oder flügelartig offenen Aermeln), und übergibt ihm das Evangelienbuch mit den Worten: Accipe potestatem legendi Evangelium in ecclesia Dei —.

Die näheren Bestimmungen hierüber enthält das Pontificale Romanum, in welchem sich auch die Gerechtsame des Diaconus in folgender Formel bezeichnet finden: Diaconum oportet ministrare ad altare, baptizare et praedicare.

Zu den ursprünglichen Verrichtungen der Diaconen gehörte die Armenpflege [18]). Damit hängt die Empfangnahme der Oblationen zusammen, sowie die Publication der Namen derer, welche Opfer gebracht hatten [19]). Dazu kam schon früh die Sorge für Aufrechthaltung der Ruhe und Ordnung beim Gottesdienste. Er forderte daher zum Gebete auf, gab den nicht Communicirenden die Weisung, das Gotteshaus zu verlassen u. dgl. m. [20]) Auch hatte er die Aufsicht über die heiligen Gefäße [21]).

In Beziehung auf die einzelnen heiligen Handlungen wirkte er in mannigfaltigster Weise, und gerade in der Hinsicht erscheint er recht eigentlich als minister, „Episcopi auris et oculus, item et os, cor et anima“ [22]).

Die Verrichtung der Taufe ward ihm mit dem Consense des Bischofs, sonst aber nur im Nothfalle gestattet [23]). Als minister wirkte er dabei durch Gebet, Exorcismen, Salben. Umfassender fungirte er bei der Verwaltung des heiligen Abendmahls (ministrare ad altare). Schon während des Bestehens der Agapen traf der Diaconus die erforderlichen Einrichtungen. Nachdem die Consecration bewirkt war, theilte er den Anwesenden Brot und Wein mit, und brachte es den Kranken und Abwesenden. Darüber berichtet schon Justinus der Märtyrer [24]): Qui apud nos vocantur Diaconi atque ministri, distribuunt unicuique praesentium, ut participent eum, in quo gratiae actae sunt, panem, vinum et aquam et ad absentes perferunt. Atque hic cibus a nobis Eucharistia vocatur. — Frühzeitig entstand aber auch der Gebrauch, daß er nur den Kelch und nicht das Brot reichte [25]), ohne daß es jedoch

---

18) Constit. Apost. lib. III. cap. 19. Vgl. Cyprian. epist. 49. 52.

19) Publice Diaconus recitet in ecclesia offerentium nomina (Hieronymus, commentar. in Ezechiel cap. 18).

20) Iustin. Martyr, Apologia I. c. 67. Const. Apostol. II. 57. VIII. 5.

21) Augustin. quaest. vet. ac novi testamenti c. 101.

22) Constit. Apost. II. 44. Ueber die jetzigen liturgischen Verrichtungen der Diaconen s. m. Gräser, die römisch-katholische Liturgie, S. 111, 200, 228 flg.

23) So äußert schon Tertullian. de baptismo cap. 17: Dandi quidem (baptismum) habet ius Episcopus, dehinc Presbyteri et Diaconi, non tamen sine Episcopi auctoritate. Vergl. Const. Apost. III. 15. c. 13. pr. d. XCIII (Gelasius a. 494).

24) Apologia II. p. 97. Vergl. Cyprian. de lapsis. Constit. Apost. II. 28. VIII. 13. 28. — C. 38. Conc. Cath. IV. (c. 18. d. XCIII.) u. v. a.

25) S. Cyprian. loc. cit. Conc. Laodic. c. 25 (c. 16. d. XCIII).

zu einer allgemeinen Uebereinstimmung dabei gekommen ist [26]). — In Betreff der Mitwirkung des Diaconus bei der Beichte und Buße muß man auf die fortschreitende Entwickelung dieses Sacramentes selbst achten (m. s. deßhalb oben Band I u. II). Dann ergibt sich, daß Befugnisse, welche früher dem Diaconus zustehen konnten, später unstatthaft werden mußten. Insbesondere verblieb ihm auch später die Reconciliation [27]). Verschiedene Verrichtungen hatte er auch bei Ordinationen, worüber die Ritualbücher nähere Festsetzungen enthalten.

Erscheint aber der Diaconus regelmäßig nur als Gehilfe beim Gottesdienste, so finden wir ihn mitunter doch auch selbstständiger, insofern er als das Haupt einer eigenen Gemeinde wirksam ist. Eines diaconus regens plebem gedenkt das Concil von Eliberis um 305, und so konnte auch den Umständen nach die Predigt ein Gegenstand seines Amtes sein [28]), während regelmäßig nur das Vorlesen des Evangeliums, auch wohl von Homilien der Väter ihm zustand [29]).

Sonst bedienten sich die Bischöfe der Diaconen oft als Abgeordnete zu Synoden [30]) und überwiesen ihnen auch mannigfache Jurisdictionsrechte, wovon sich zum Theil Spuren bis ins sechszehnte Jahrhundert finden [31]).

In der griechischen Kirche ist die Stellung des Diaconus im Wesentlichen dieselbe, indem er ebenfalls als minister des Bischofs und der Presbyteren erscheint, und vorzüglich in liturgischer Beziehung mit zu fungiren berufen ist.

In der evangelischen Kirche ist der Titel Diaconus aus der katholischen beibehalten, ohne daß aber eine Differenz des Ordo von anderen ordinirten Geistlichen damit bezeichnet werden sollte, da bekanntlich die evangelische Kirche überhaupt nur einen Ordo kennt. Gewöhnlich hießen die zweiten Prediger an den einzelnen Kirchen Diaconen, die mitunter nur des Nachmittags zu predigen befugt waren, oder denen einzelne Zweige der Seelsorge fehlten [32]). In der neueren Zeit ist dieser Titel

---

26) M. s. Morinus, de sacram. ordinat. P. VIII. exerc. IX. cap. 8. Binterim a. a. O. I. 356 flg. Vergl. c. 13. §. 1. d. XCIII. (Gelasius a. 494).

27) Regius lib. I. cap. 300 (ed. Wasserschleben). Vergl. Burchard Wormat. decr. lib. XIX. cap. 154 u. a., und über die Streitfrage überhaupt Binterim a. a. O. I. 365. V. 2. 197 flg.

28) Beispiele bei Philostorgius, h. eccl. III. 17. Hieronymus, de viris illustrib. cap. 115 u. A.

29) Const. Apost. II. 57. Concil. Vasense II. a. 529. cap. 2: Si digni sunt diaconi, quae Christus in Evangelio loquutus est, legere, quare indigni iudicentur, sanctorum patrum expositiones publice recitare? u. a. m.

30) Binterim a. a. O. S. 376 flg.

31) M. s. z. B. Synod. Colon. a. 1536. P. III. cap. XV. (Hartzheim, Concilia Germaniae VI. 262): Mori ac consuetudini, quae in aliquibus ecclesiis est (nempe ut causae disciplinae per Diaconos diiudicentur) nihil praeiudicamus, modo tamen Diaconi, ad requisitionem Decani, suo officio graviter ac strenue incumbant.

32) Alles beruht auf particularer und localer Festsetzung. Von Preußen s. m. Jacobson, Geschichte der Quellen des Kirchenrechtes des preuß. Staates, I. 2. S. 117, 194, und die cit. Literatur.

häufig abgeschafft worden, und dafür dem Geistlichen das Prädicat: zweiter, dritter Prediger beigelegt[33]).

Wir verbinden hiermit zugleich die Grundsätze über die

Diaconissen[34]). — Die Sitte des Orients und das besondere Bedürfniß veranlaßte die Anordnung von Diaconissen, welche für Frauen die Stelle der Diaconen vertraten. Schon nach apostolischer Anordnung sollten dazu Wittwen (χῆραι, viduae), und zwar hochbejahrte (von 60 Jahren) genommen werden[35]). Sie werden in der älteren Kirche oft erwähnt[36]), die ursprünglichen Anordnungen über ihre Eigenschaften aber nicht gerade streng befolgt, denn auch solche, die noch nicht vermählt gewesen und jüngere Mädchen wurden zum Amte zugelassen[37]), wogegen Valentinian, Theodosius und Arcadius im Jahre 390 die alte Satzung einschärften[38]): Nulla nisi emensis sexaginta annis, cui votiva domi proles sit, secundum praeceptum Apostoli ad Diaconissarum consortium transferatur. Das Concil von Chalcedon im Jahre 451 bestimmte aber das vierzigste Jahr[39]), worauf Justinian zuerst das funfzigste, dann aber auch das vierzigste festsetzte[40]).

Die Diaconissen wurden förmlich ordinirt[41]), und zwar wie die Diaconen durch Handauflegung unter Gebet und mit anderen bei der Diaconenweihe üblichen Riten. Wie der Diaconus erhielt sie eine Stola, welche aber später zurückgegeben werden mußte, einen Ring, Halsschmuck und dergl.[42]) Dabei ist aber zu berücksichtigen, daß diese Ordination eine andere Bedeutung hat, als die der Männer; denn „quanquam Diaconissarum in ecclesia ordo sit, non tamen ad sacerdotii functionem aut ullam eiusmodi administrationem institutus est, sed ut muliebris sexus honestate consulatur, sive ut baptismi tempore

---

33) Sowie in Preußen der Titel Caplan im J. 1817 abgeschafft worden (s. die cit. Gesch. der Quellen. Anhang Nr. LXXVII, S. 166, 167), ist es auch meistens mit dem Prädicat Diaconus geschehen. Ausdrücklich auch in Bayern durch ein Rescript des Oberconsistoriums vom 27. Nov. 1824 (s. allg. Kirchenzeit. 1824, Sp. 1272).

34) M. vergl. Ziegler (oben Anm. 1 cit.). Thomassin l. c. lib. III. cap. 50. 51. Bingham l. c. lib. II. cap. 22. Binterim a. a. O. I. S. 434—455. M. s. auch Jac. Gothofredus ad c. 27. 28. C. Th. 16. 2. T. VI. p. 66 sq.

35) Br. an die Römer XVI. 1; I. Timoth. V. 9. — Ob auch die Titus II. 3. erwähnten πρεσβύτιδες dahin gehören?

36) M. s. z. B. Plinius, epist. X. 97. (ministrae). Tertullian. de velandis virginibus cap. 9. Vergl. Constit. Apost. VI. 18.

37) Tertullian. l. c. Vgl. Ignatius ad Smyrnaeos cap. 13 (wohl interpolirt).

38) C. 27. C. Th. de episcopis (16. 2). Vergl. Sozomen. hist. eccl. VII. 16.

39) C. 15 (c. 23. Can. XXVII. 9. 1).

40) Nov. 6. cap. 6. Nov. 73. cap. 13. Vergl. c. 2. dist. LXXVIII.

41) S. Tertullian. ad Uxorem lib. I. cap. 7. und Exhortatio ad castitatem. Vergl. Const. Apostol. lib. VIII. c. 19.

42) Man vergl. den Ordo Romanus bei Mabillon, Museum Ital. T. II. p. 91, und den von Hittorp edirten ordo in der Biblioth. Patrum T. VIII. p. 472 (ed. Colon.).

adsit, sive ut nudandum est mulieris corpus interveniat etc. erklärt bereits Epiphanius[43]). Das nicänische Concil erkennt den Gebrauch noch an[44]), doch wird derselbe seit der Mitte des vierten Jahrhunderts bereits gemißbilligt, seit dem fünften Jahrhundert auch schon hie und da, allgemeiner aber erst später verboten[45]).

Bis dahin war den Diaconissen der Unterricht der weiblichen Katechumenen[46]), das Aus- und Ankleiden der Täuflinge[47]), der Besuch der Kranken[48]), die Aufsicht über die Frauen in der Kirche überhaupt und ähnliche Geschäfte übertragen[49]).

Allmälig verschwinden sie nun und werden im Occidente seit dem neunten, im Oriente seit dem zwölften Jahrhundert nur selten erwähnt[50]). Der Name Diaconisse, auch wohl Archidiaconisse, hat sich übrigens als ehrendes Prädicat für Vorsteherinnen weiblicher Stifter und Klöster bisweilen erhalten. Die Anstellung von Frauen für den Kirchendienst am Altar hat die katholische Kirche später verboten und Benedict XIV. hat durch die Constitution: Etsi pastoralis, vom 26. Mai 1742, dieß den unirten Griechen in Italien ausdrücklich untersagt[51]). Doch finden sich auch jetzt noch öfter, mehr jedoch in der evangelischen Kirche, Frauen, welche Dienste der Küster übernehmen. So besteht noch der Gebrauch

---

43) Advers. haeres. n. 79.

44) Der can. 19 dieses Concils wird freilich verschieden gedeutet. M. s. Neander, Kirchengesch. Bd. 2, S. 334. Binterim a. a. O. S. 442.

45) So das Concil. Arausican. I. v. J. 441, can. 26: Diaconae omnimodo non ordinandae. Conc. Epaon. a. 517, c. 21. Conc. Aurelian. II. a. 533, can. 58.

46) M. s. z. B. noch Conc. Carthag. IV. a. 399, c. 12.

47) S. oben im Texte und Epiphanius, expositio fidei n. 21. Const. Apostol. lib. III. cap. 16.

48) Const. Apost. lib. III. cap. 15. 19.

49) Binterim a. a. O. S. 447 flg.

50) M. s. z. B. noch das Diplom Johann's XX. vom Jahre 1026 (Mabillon, Museum Ital. II. 156), worin dem Bischof von Silva Candida die Befugniß, Diaconissen zu ordiniren, verliehen wird. Wegen des Orients s. m. Balsamon und Blastares zum c. 15. Conc. Chalcedon. bei Beveregius. Als Grund des Wegfallens erwähnt Balsamon (respons. ad interrogat. Marci cap. 35 bei Leunclavius ius Graeco-Roman. T. I. p. 381) „menstruorum inquinatio", wobei Binterim (a. a. O. S. 453) die Bemerkung nicht unterdrücken kann: „ein Beweis, daß die alten Griechen einen feineren Geruch hatten, als die heutigen griechischen Priester und Diaconen, die ihre Frauen wieder in die Stellen der alten Diaconissen einzusetzen suchen." Daß übrigen diese physische Ursache ein Grund der Ausschließung der Frauen vom Kirchendienste sei, deuten schon die alten apokryphischen Evangelien an, indem dieselben berichten, Maria sei vom dritten bis zwölften Jahre im Tempel gewesen, dann aber in Folge priesterlicher Berathschlagung, damit ihr nicht im Tempel begegne, was Frauen zu begegnen pflegt, und deßhalb Gott zürne, einem gerechten und frommen Manne übergeben worden (historia Josephi cap. 3. ed. Thilo, Lipsiae 1832, p. 11). Nach der historia nativitatis Mariae cap. 8 (l. c. p. 357) geschah dieß im 14. Jahre.

51) Const. cit. §. VI. nr. XXI (Bullar. Magn. ed. Luxenburg T. XVI. p. 98): Mulieres autem servire ad altare non audeant, sed ab illius ministerio repellantur omnino.

in Holland, daß dergleichen Dienerinnen den Priester zu Kranken begleiten, bei der Taufe assistiren und ähnliche Dienste der Art verrichten [52]).

Nur entfernt erinnern die neueren wohlthätigen Frauenvereine an die alten Diaconissen [53]), obgleich selbst der Name wieder hergestellt worden ist, wie namentlich in der von der rheinisch-westphälischen Gefängnißgesellschaft am 17. September 1833 für die aus den Gefängnissen entlassenen Frauen evangelischer Confession zu Kaiserswerth errichteten Diaconissenanstalt, welche zugleich die Sorge für Kranke, die Erziehung hilfloser Kinder u. s. w. mit übernommen hat [54]). H. F. Jacobson.

**Diebstahl — Furtum — Entwendung** [1]). **I. Furtum** [2]). Es ist in der Theorie und Praxis anerkannt, daß die Grundsätze des römischen Rechtes über Begriff und Umfang des Furtum in allen privatrechtlichen Beziehungen (abgesehen von der Privatstrafe) bei uns gemeinrechtlich dieselbe praktische Bedeutung und Giltigkeit haben, die sie im römischen Rechte hatten, z. B. in Beziehung auf Unverjährbarkeit der res furtiva, Zulässigkeit der condictio furtiva etc. Anders ist es allerdings auf dem strafrechtlichen Gebiete. Wir haben im teutschen Rechte nicht ein einzelnes Verbrechen, das im Begriff und Umfang dem römischen Furtum gleichkommt (namentlich ist unser Diebstahl weit enger, als das römische Furtum, weshalb es auch sehr unrichtig ist, furtum durch Diebstahl zu übersetzen); vielmehr bilden die Fälle, welche zum römischen Furtum gehörten, bei uns verschiedene Verbrechen, die zum großen Theile unter eigenthümlichen Strafbestimmungen stehen. Allein auch hier haben die römischen Bestimmungen über Furtum immer noch

---

52) S. Binterim a. a. O. S. 453, vergl. S. 441.

53) Klönne, über das Wiederaufleben der Diaconissinnen der alten christlichen Kirche in den Frauenvereinen (Schuderoff, neue Jahrbücher für Religion-, Kirchen- und Schulwesen, Bd. 37, S. 234 flg.).

54) Vergl. Kirchenfreund für das nördliche Teutschland, 1838, Nr. 94, 1839, Nr. 59. Allgem. Kirchenzeitung 1839, Nr. 135.

1) Literatur: J. C. D. Salchow, system. Entwickelung des Verb. der Entwendung, nach den gemeingiltigen Staatsgesetzen Teutschlands. Erfurt 1806, 8. (Nicht bedeutend.) Ch. D. Erhard, de furti notione per leges constitutas accuratius definienda. Lips. 1806, 8. Roßhirt, über den Begriff des röm. Furtums und des teutschen Diebstahls ꝛc., im neuen Archiv des Crim.-R., Bd. 3, S. 73—101. C. Fr. Dollmann, die Entwendung nach den Quellen des gem. Rechtes. Kempten 1834, 8. Vorzüglich aber C. Klien, Revision der Grundsätze über d. Verb. des Diebstahls ꝛc., nach gem. in Teutschland geltenden, insonderheit kursächsischem Rechte, Th. 1 (der 2. Theil, der vom Verfahren handeln sollte, erschien nicht). Nordhausen 1806, 8. Ueber die ältere Literatur ist Klien, S. 103 flg., zu vergleichen. Viel angeführt wird jetzt auch Gust. Guil. Henr. van Imhoff, de furtis ad XII. tabulas et institutiones, cum Caii tum Iustin. Gron. 1824, 8., eine fleißige Inauguralarbeit, die aber, ungeachtet ihres großen Umfanges (168 S.) doch sehr wenig Ausbeute gibt.

2) Quellen: J. de obl. quae ex del. (4. 1.) D. de furtis (47. 2.) und die von besonderen Fällen handelnden Titel 3—8, 14, 17—19, des 47. Buches. C. de furtis. (6. 2.) Nov. 134. c. 13. Paulus, rec. sentent. II. 31. Caius, comment. III. 183—209.

die Bedeutung eines Hilfsrechtes, auf das vielfach zurückgegriffen werden muß. So rechtfertigt sich daher auch vom praktischen Gesichtspunkte aus eine genaue Darstellung des römischen Furtum zur Genüge, und zwar eine von der Darstellung der Lehre vom Diebstahle ganz gesonderte, um das Praktische vom Unpraktischen um so schärfer unterscheiden zu können [3]).

Furtum ist diejenige, mit rechtwidrigem Vorsatz ausgeführte Handlung, durch welche Jemand einer beweglichen Sache, in der Absicht, sich einen Vermögensvortheil zu verschaffen, wider den Willen des Berechtigten sich bemächtigt und dadurch die Sache selbst, oder ihren Gebrauch, oder ihren Besitz sich widerrechtlicherweise anmaßt [4]).

Dieser weite Begriff des Furtums scheint sich nur nach und nach unter dem Einflusse der Doctrin gebildet zu haben [5]). Einer früheren engeren Begrenzung desselben entspricht auch die Grundeintheilung des Furtum, von welcher die 12 Tafeln ausgingen, die in manifestum und nec manifestum; auch dürften die meisten Ausdrücke, mit denen das Furtum bezeichnet wird, darauf hindeuten. Allmälig aber scheint man namentlich unter die Bestimmungen der 12 Tafeln über das furtum nec manifestum [6]) noch viele mehr oder minder verwandte Fälle, durch das praktische Bedürfniß bei dem engen Strafsystem genöthigt, gezogen zu haben und so zu einer Erweiterung des Begriffes gekommen zu sein, bei der übrigens die Grenze zwischen dem Furtum und anderen unerlaubten Hand-

---

3) Wenn Roßhirt, Geschichte u. System des teutschen Strafrechtes, Bd. 2, S. 306, 307, sagt: „Niemals hätte das Wesen des Diebstahls aus der römischen Lehre vom Furtum erläutert, oder gar der römische Begriff an die Spitze der Lehrbücher gestellt werden sollen," so ist das Letztere (über das Erstere s. unten) dann wohl eine unrichtige Ausstellung, wenn der römische Begriff isolirt und zu dem Zwecke an die Spitze gestellt wird, um die Grenzen zwischen dem römischen und teutschen Rechte hier um so schärfer zu ziehen.

4) L. 1. §. 3. D. de furt.: Furtum est contrectatio fraudulosa lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionisve. §. 1. J. eod. — Auch das Object des Furtums, die entwendete Sache, wird durch furtum bezeichnet. L. 3. pr. L. 7. §. 2. D. eod. Caius III. 186. 188. 193.

5) Klien a. a. O. S. 7 flg., 115 flg. Roßhirt a. a. O. S. 80 flg. van Imhoff l. c. p. 96 sq. 141. Auch unten Note 35 u. 50. Roßhirt scheint aber jetzt (Geschichte und System des Strafr., Th. 2, S. 274 flg., 281 flg.) anzunehmen, der Begriff des Furtum sei ursprünglich viel weiter gewesen (namentlich habe der Stellionat unter dem Furtum gestanden) und später verengt worden.

6) Die Erweiterungen des Begriffes betrafen namentlich Fälle des furtum nec manifestum. Die Strafe des Letzteren war nach den 12 Tafeln blos die Zahlung des Duplums an den Beschädigten, während beim furtum manifestum der nächtliche Fur unbedingt, der bei Tage ertappte, falls er sich zur Wehre setzte, getödtet werden konnte, und im Uebrigen der manif. fur mit Geißelung bestraft und dem Bestohlenen addicirt wurde. Ueber diese Strafen s. A. Gellius, noct. att. XI. 18. Caius, comment. III. 189 sq. Dirksen, Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölftafelfragmente (Leipzig 1824), S. 564—588. Ob das Tödtungsrecht nur stattfand, wenn der Dieb im Hause des Bestohlenen ergriffen wurde? Vgl. v. Schröter, in Schunk's Jahrb., Bd. 4, S. 33.

lungen, welche später auch besondere Verbrechen bildeten, namentlich dem Stellionate nicht durchaus scharf gezogen wurde[7]).

Was die nähere Bestimmung des Umfangs des Furtum betrifft, so geht das römische Recht von der Regel aus, daß durch die Handlung, wenn sie Furtum sein soll, dominium (im weiteren Sinne) oder possessio verletzt sein müsse. Wo es weder das Eine noch das Andere ist, wird in der Regel das Dasein eines Furtum und die Zulässigkeit der furti actio verneint[8]). Deßhalb hat der Käufer nicht die furti actio und wird gegen ihn kein Furtum begangen, wenn die ihm noch nicht übergebene Sache entwendet wird[9]). Das Gleiche ist bei Anderen der Fall, welche blos persönliche Ansprüche auf Herausgabe der entwendeten Sache hatten[10]). Dagegen kann am bonae fid. possessor der entwendeten Sache[11]), am Pfandgläubiger[12]), am Usufructuar und Usuar[13]), überhaupt am dinglich Berechtigten, selbst wenn er nicht besitzt[14]), ein Furtum so begangen werden, daß ihnen die furti actio selbstständig und unabhängig vom Rechte des Eigenthümers zusteht[15]).

Ob aber auch an blos persönlich Berechtigten, wenn sie eine Sache detiniren, durch Entwendung derselben ein Furtum begangen werden kann, darüber sind die Ansichten sehr verschieden, und scheint hier auch die römische Doctrin etwas geschwankt zu haben. Man wird hier unterscheiden müssen:

1) Wird durch das Furtum das Eigenthum verletzt, d. h. hat der Fur die Absicht, eine fremde Sache sich anzueignen, so können a) diejenigen Detentoren, welche dem Eigenthümer in Folge einer auf sie von ihm geschehenen Uebertragung der Detention[16]) für die Sache verantwortlich sind, wie der Commodatar, der Conductor ꝛc. die furti actio

---

7) Vgl. L. 20. pr. L. 27. §. 3. L. 43. §. 3. L. 52. §. 15. 21—24. L. 66. §. 4. L. 75. D. eod. L. 29. §. 5. D. mand. (17. 1.) L. 3. D. de pign. act. (13. 7.) Klien, S. 133—144.

8) L. 80. §. 7. D. h. t. L. 17. §. 5. de praesc. verb. a. (19. 5.) Aber nur in der Regel. Zu weit gehen Schömann, Fragmente (Jena 1814), S. 13; Unterholzner, Verjährungslehre, Bd. 1, S. 202 flg.; Dollmann, S. 4 flg.

9) Der Verkäufer hat hier die furti actio und muß die Klagen (furti actio, condictio furtiva und rei vind.) dem Käufer abtreten. L. 80. pr. L. 14. pr. D. h. t. Vgl. aber auch Paulus, rec. sent. II. 31. §. 17. Entwendet der Käufer dem Verkäufer die Sache, bevor er den Preis zahlte, so begeht er ein Furtum am Verkäufer. L. 14. §. 1. h. t.

10) L. 13. L. 66. §. 5. L. 85. D. h. t.

11) §. 15. J. h. t. L. 12. §. 1. L. 52. §. 10. L. 74. D. h. t. L. 20. D. rer. amotar. (25. 2.) Er hat die furti actio aus ähnlichen Gründen, wie die Publiciana actio. Schrader, in seiner Instit.-Ausg. S. 593. Ueber den malae fidei poss. s. L. 12. §. 1. D. h. t.

12) §. 14. J. h. t. L. 12. §. 2. L. 14. §. 5. 7. L. 46. §. 4. D. h. t.

13) L. 46. §. 1. 3. D. h. t.

14) L. 19. §. 6. L. 61. §. 8. L. 66. pr. D. h. t.

15) So daß wegen derselben That der Eigenthümer, der Usuar und der Pfandgläubiger zugleich auf Strafe klagen können. L. 46. §. 5. eod.

16) L. 53. §. 3. L. 85. eod.

anſtellen [17]), in welchem Falle dann aber der Eigenthümer ſelbſt nicht furti klagen kann, weil Jene ihm haften [18]); b) ſolchen Detentoren, welche aus anderen Gründen ein rechtliches Intereſſe in Beziehung auf die Sache haben, wird wenigſtens in zwei Fällen eine ſelbſtſtändige actio furti beſtimmt zugeſprochen; den einen Fall führt die L. 14. §. 17. h. t. an, eine Stelle, aus der man das Schwanken der römiſchen Juriſten über dieſen Punkt ſieht; der andere iſt, wenn dem Pachter die Früchte vom gepachteten Grundſtück entwendet werden [19]). Uebrigens iſt die hier (Nr. 1) berührte Frage für Begriff und Umfang des Furtum eigentlich ohne Intereſſe, denn es iſt jedenfalls in dieſen Fällen ſtets ein furtum ipsius rei vorhanden.

2) Wird durch das Furtum zunächſt nicht fremdes Eigenthum verletzt, ſondern die diebiſche Handlung vom Eigenthümer ſelbſt verübt, ſo iſt ein ſelbſtſtändiges Furtum an ſolchen Detentoren möglich, welchen entweder ein Retentionsrecht an der Sache zuſteht [20]), oder welche ein eventuelles Recht auf die Sache ſelbſt haben, wie wenn der Eigenthümer dem Pachter die Früchte von der gepachteten Sache entwendet [21]).

Was das Genauere über den Thatbeſtand des Furtum betrifft, ſo geht derſelbe dahin; zum Furtum wird erfordert:

1) als Gegenſtand eine in Jemandes Eigenthum befindliche [22]) bewegliche Sache [23]), jedoch gleichviel, ob die Sache an ſich zuvor beweg-

---

17) §. 15—17. J. h. t. L. 14. §. 3. 10—17. D. h. t.; außer ſofern ſie durch eine mala fides für die Sache verantwortlich wurden. §. 17. J. l. c. L. 14. §. 3. D. l. c.

18) Außer wenn ſie inſolvent ſind. J. l. c. L. 12. pr. D. h. t. Ueber die beſonderen Beſtimmungen in Beziehung auf das Commodat ſ. L. 22. C. h. t. §. 16. J. h. t. Daß in dieſen Fällen die furti actio eine abgeleitete Klage iſt, wie ſie Unterholzner (Verjährungslehre, Bd. 1, S. 203), und nun auch Dollmann (S. 43 flg.) nennt, iſt nicht zu bezweifeln.

19) L. 82. §. 1. L. 14. §. 2. D. eod.: quamvis domini non sint. L. 26. §. 1. Dieſe letztere Stelle widerſpricht in den Worten: quia ut primum decerptus esset, eius esse coepisset, nicht der L. 14. §. 2, denn dieſe Worte drücken blos das eventuelle dingliche Recht des Pachters auf die Früchte (weil er durch Perception das Eigenthum der Früchte erwerben kann), nicht aber den Satz aus, daß er durch die That des Diebes das Eigenthum an der Frucht erworben habe. S. auch Gail. Eduard Backe, bonae fidei poss. quemadm. fructus suos fac. (Berol. 1825, 8.) p. 114. Vgl. auch L. 60. §. 5. D. locat. (19. 2.) Paulus, sent. II. 31. §. 30.

20) S. unten Note 51 flg.

21) L. 26. §. 1. L. 15. §. 1. D. de furt.

22) S. Note 73 u. 74. Vergl. auch Note 134. Daß die Sache in Jemandes Beſitze iſt, iſt nicht unbedingt erforderlich. Note 35.

23) L. 25. pr. eod. Früher war es beſtritten, ob nicht auch an einer unbeweglichen Sache ein Furtum verübt werden könne. §. 7. J. de usuc. (11. 6.) L. 38. D. de usurp. (41. 3.) Caius, comm. II. 51. Gellius, noct. att. XI. 18. med. Ein furtum usus wenigſtens könne auch nach dem neueſten röm. Rechte an unbeweglichen Sachen begangen werden, meint Schott in der Note 56 angef. Diss., aber freilich nur aus dem ganz ungenügenden Grunde, cum furtum usus in conversione rei alienae in suos usus cernatur!

lich war, oder es erst durch die Entwendung mittelst Trennung von einer unbeweglichen Sache wurde[24]);

2) contrectatio dieser Sache, d. h. sich der Sache bemächtigen und einen solchen Act mit ihr vornehmen, welcher in den mit dem vollen Eigenthume der Sache verbundenen Befugnissen liegt, und durch welchen die Sache selbst, oder blos ihr Besitz dem Berechtigten entzogen, und vom Contrectirenden sich angemaßt wird[25]).

Hieraus ergeben sich drei Hauptrichtungen des Furtum, je nachdem die Absicht des Contrectirenden auf unbefugte Zueignung der Sache selbst, oder auf bloße Anmaßung eines Gebrauches derselben, oder auf bloße unbefugte Besitzergreifung ohne widerrechtliche Zueignung gerichtet ist, furtum ipsius rei, furtum possessionis und furtum usus. Daß diese letzteren Ausdrücke bei den Römern als technische Bezeichnungen der verschiedenen Fälle des Furtum gebraucht wurden, ist zu bezweifeln[26]). Aber Hauptrichtungen der diebischen Contrectation sollen sie jedenfalls bezeichnen. Mehr technisch scheint der Ausdruck: suae rei furtum gebraucht worden zu sein, und schärfer und vollständiger würden allerdings die verschiedenen Fälle des Furtum gesondert, wenn man von dieser Beziehung ausginge, und in furtum rei alienae, furtum rei propriae oder suae und furtum usus eintheilte.

A) Furtum ipsius rei. Dieses besteht in einer solchen Contrectation, durch welche der Fur die Sache sich völlig zueignen, das Eigenthum einer Sache sich anmaßen oder wenigstens dem Berechtigten die Sache selbst bleibend entziehen will, sei es mit oder ohne eigenmächtigen Eingriff in fremden Besitz. Es gehört hierher namentlich

a) Entwenden einer fremden Sache aus fremder Detention in der Absicht, sie sich zuzueignen[27]).

---

24) L. 25. §. 2. L. 26. §. 1. L. 52. §. 8. L. 57. D. h. t.

25) Theophilus, paraphr. II. 6. §. 3. Das die Handlung wider Willen des Berechtigten geschah, liegt im contrectare an sich noch nicht (§. 6. J. h. t. Caius, III. 195), eben so wenig, daß der Zweck des Thäters nicht blos auf Beschädigen, Verderben ꝛc. gehen dürfe. Dieses wird durch das weitere Requisit des animus lucri faciendi, affectus furandi bestimmt. Vgl. L. 22. pr. L. 65. D. h. t. L. 3. §. 18. D. de poss. (41. 2.) L. 8. §. 2. D. arb. furt. caes. (47. 7.) Noch weniger gehört zur contrectatio, oder ist in ihr begriffen, der animus domini oder sibi habendi, wie Hepp (Versuche ꝛc., S. 214 flg.) glaubt. Ueber das Requisit der fraudulosa contrectatio s. Note 29.

26) Dollmann, S. 8 flg. In den auf uns gekommenen Quellen werden sie wenigstens nicht als solche gebraucht. Aber die Hauptrichtungen des Furtum sollen diese Bezeichnungen offenbar andeuten, selbst wenn man mit Birnbaum (neues Archiv des Criminalrechts, Bd. 13, S. 420) und Dollmann, in den Note 4 angeführten Stellen das ipsius rei, usus und poss. nicht auf contrectatio, sondern auf lucri faciendi causa beziehen wollte, was man aber nicht kann.

27) §. 6. J. h. t. §. 34. J. de R. D. (2. 1.) L. 21. L. 22. §. 1. L. 25. §. 2. L. 26. §. 1. D. h. t. Hierher gehört auch der Fall, wenn ein Dritter dem b. f. possessor eine Sache entwendet. §. 15. J. h. t. L. 52. §. 11. L. 74. D. h. t. Es ist ein furtum ipsius rei, weil der Thäter die Sache selbst,

Ob diese Entwendung heimlich oder offen geschieht, ist gleichgiltig (Note 88 flg.); selbst wenn sie mittelst Gewalt gegen die Person des Besitzers ausgeführt wird, ist die Handlung doch Furtum [28]); nur bildet sie der Gewalt wegen eine besondere Unterart des Furtum (rapina, vi rapere). Es ist nämlich nicht zu bezweifeln, daß die Römer schon in früherer Zeit unter dem Furtum auch den Raub begriffen und (vor dem Edict de vi bonis raptis) diesen Fall des Furtum nicht besonders auszeichneten. Auch die vom Furtum uns aufbehaltenen Definitionen sind so gefaßt, daß der Raub unter das Furtum fallen mußte. Denn das Requisit der contrect. fraudulosa schließt das Gewaltsame nicht aus [29]). Allmälig aber wurde der Raub besonders ausgezeichnet, zuerst durch das Lucullische Edict de vi bonis raptis, und so mußte er in Hinsicht auf die strafrechtlichen Folgen vom Furtum als ein qualificirter Fall desselben unterschieden werden [30]). Im Gegensatze zu ihm war dann das Furtum die nicht gewaltsame Entwendung [31]), überhaupt der häufigere Fall, auf den sich deßhalb auch viele Bezeichnungen beim Furtum beziehen [32]). Allein es war darum nicht nöthig, im Begriffe und Thatbestande des Furtum die Fälle des Raubes auszuscheiden, da sie doch zum Furtum gehörten, und alle Folgen des Furtum auch bei ihnen eintreten konnten, und so wird auch in Justinian's Rechtsbüchern der Raub Furtum genannt [33]), und nur da vom Furtum unterschieden, wo von den besonderen Folgen des Raubes die Rede ist, wie dieß überhaupt bei einer Verbrechensart im Verhältnisse zu ihrer Gattung geschieht.

b) Die Unterschlagung, d. h. das widerrechtliche Zueignen einer Sache, welche der Thäter schon in Händen hatte, oder die er wenigstens nicht erst zum Zwecke der Zueignung aus fremder Detention entwendet. Namentlich gehört hierher die Veruntreuung von Sachen, welche

---

nicht blos ihren Besitz, sich widerrechtlich anmaßt, die Sache sich zueignet. Anders ist es, wenn der Eigenthümer der Thäter ist. L. 20. §. 1. eod.

28) Ich war früher in meinem Lehrbuche anderer Meinung. Eben so sind u. A. anderer Ansicht: Erhard, de furti not. p. 12, 13; Roßhirt, Gr. Archiv, Bd. 3, S. 79, 80, und wenigstens in Beziehung auf das Justinianische Recht, Dollmann, S. 28, und Lud. Fred. Osc. Schwarze, comm. de crim. rapinae ex princ. iur. comm. (Dresd. et Lips. 1839, 8.) p. 6, 7, 10.

29) Es bezeichnet eben überhaupt das Dolose, quod fraude fit. S. bes. Schrader, in s. Institt.-Ausg. S. 581.

30) Der Räuber hieß deßhalb fur improbior. L. 14. §. 12. D. quod met. caus. (4. 2.) L. 2. §. 10. D. de vi bon. rapt. (47. 8.) Vergl. auch L. 28. §. 5. D. de iureiur. (12. 2.)

31) Nicht die heimliche, wie meist die Aelteren annahmen. Selbst noch Erhard und sogar Hefftter (Lehrbuch, 2. Ausg. §. 515) scheinen jede offen ausgeführte Anmaßung einer beweglichen Sache ꝛc. zur rapina zu zählen. Vgl. dagegen Schwarze l. c. p. 23 sq.

32) Subducere, subtrahere etc. Vgl. auch L. 9. C. h. t. L. 1. C. de his quae vi. (2. 20.) L. 2. §. 23. 24. D. de vi bon. rapt. (47. 8.) Nov. 134. c. 14. Auch Dollmann, S. 27, 28.

33) Pr. J. de vi bon. rapt. (4. 2.) L. 48. §. 7. L. 80. §. 3. D. de furt. (47. 2.) Schrader l. c. Auch Hefftter, Lehrbuch, 2. Ausg., §. 439, Note 5.

der Eigenthümer dem Thäter anvertraut hatte [34]), und die widerrechtliche Zueignung gefundener Sachen [35]).

c) Wenn der Besitzer einer fremden Sache dieselbe im bösen Glauben veräußert [36]), oder dem Eigenthümer durch Adjunction, Confusion ꝛc. derselben das Eigenthum entzieht [37]). Furtum sind diese Fälle, weil hier der Thäter sich die Sache selbst widerrechtlich anmaßt und den Eigenthümer um dieselbe bringt [38]).

d) Wissentlich unbefugte Annahme einer Nichtschuld und betrügliches Einziehen fremder Forderungen und Aneignen ihres Gegenstandes [39]). Ein

---

34) Beispiele in L. 1. §. 2. L. 33. L. 43. §. 1. L. 46. §. 6. L. 52. §. 7. §. 16. L. 67. pr. D. h. t. L. 29. pr. D. de poss. (16. 3.) L. 22. §. 7. D. mand. (17. 1.) L. 1. §. 22. L. 2. §. 1. D. de tut. et rat. distr. (27. 3.) L. 25. D. de donat. (39. 5.) Durch intervertere wird zwar diese Handlung häufig in den Quellen bezeichnet; der Ausdruck ist aber nicht eine technische Bezeichnung dieses Falles. Gewöhnlich geschieht die Unterschlagung durch eigenmächtiges Verwandeln der detentio in possessio. Es ist dieß aber nicht der einzige Fall. Sie kann auch geschehen durch widerrechtliches Zueignen einer Sache, die man schon rechtlich in der possessio (im e. S.) hatte, nämlich wenn der Faustpfandgläubiger unterschlägt (L. 52. §. 7. h. t.), ferner dadurch, daß der Thäter eine Sache, deren Detention er ergreifen durfte, oder die in Niemandes Besitz ist, sofort in der widerrechtlichen Absicht, sie sich zuzueignen (in seine possessio) ergreift. Hat der Thäter eine fremde Sache widerrechtlich und eigenmächtig ergriffen, aber nicht animo furandi (nicht, um sie sich zuzueignen, sondern z. B. blos, um den Eigenthümer zu ärgern, sie ihm zu zerstören ꝛc.) und er contrectirt sie später animo furandi, so gehört der Fall ebenfalls hierher (vgl. Hefftter, Lehrbuch, 2. Ausg., §. 496, Note 5).

35) L. 43. §. 4. 11. D. h. t. L. 9. §. 8. L. 31. §. 1. L. 44. D. de dominio. (41. 1.) §. 48. J. de R. D. (2. 1.) Es ergibt sich hieraus, daß an einer Sache, die in Niemandes Besitze ist, wohl ein Furtum begangen werden kann. Vgl. auch Unterholzner, Verjährungslehre, Bd. 1, S. 214 flg. Im älteren röm. Rechte scheint dieß anders gewesen zu sein. L. 1. §. 15. D. si is, qui test. liber. (47. 4.), eine Stelle, welcher v. Buchholz (jur. Abhandlungen, S. 335, 336) eine entschieden unrichtige Beziehung gibt. Vergl. auch die Note 7 angef. Stellen. Martin (Lehrbuch, 2. Aufl, §. 141, Note 5, §. 161) scheint sogar überhaupt anzunehmen, daß nach röm. Rechte an einer besitzlosen Sache ein Furtum nicht habe verübt werden können.

36) L. 6. 16. C. h. t. L. 73. D. h. t. L. 78. L. 94. §. 2. D. de solut. (46. 3.) §. 3. J. de usuc. (2. 6.) Zur Erklärung der L. 73. cit. vergl. Schilling, Lehrbuch für Instit. und Gesch. des röm. Privatr., Bd. 2, S. 696, Note m.

37) S. Rechtslexikon, Bd. 1, S. 24, Note 50.

38) Größtentheils werden sie schon unter die Unterschlagung (lit. b) fallen. — Begeht derjenige ein Furtum, welcher eine fremde Sache im guten Glauben in den Besitz bekommt, später aber, ehe er sie ersaß, erfährt, daß sie ihm nicht gehört, und sie nun vor dem Eigenthümer verheimlicht, um sie ihm zu entziehen? Vgl. L. 6. pr. L. 40. §. 2. D. de poss. (41. 2.) mit L. 4. pr. D. pro suo. (41. 10.) Unterholzner, Verjährungslehre, Bd. 1, S. 437. v. Savigny, Besitz, 6. Ausg., §. 41, S. 548 flg.

39) L. 43. pr. L. 66. §. 3. L. 80. §. 5—7. D. de furt. L. 14. D. de condict. causa dat. (12. 4.) L. 18. D. de condict. furt. (13. 1.) L. 38. §. 1. D. de solut. (46. 3.) Es ist übrigens unter den Civilisten bestritten, ob die dolose Annahme einer Nichtschuld Furtum sei. Glück, Erläut. der Pand., Bd. 13, S. 168 flg. Geleugnet wird es z. B. von Mühlenbruch, Pan-

Furtum ist hier vorhanden, weil der Thäter Sachen eines Dritten ergreift, um sie sich auf widerrechtliche Weise zuzueignen [40]).

e) Betrügliches Durchstreichen einer Schuldurkunde, um den Gläubiger um seine Forderung zu bringen, und sich von der Schuld zu befreien [41]). — Dieser Fall bildet als Fall des Furtum eine große Anomalie. Dabei ist es aber zu weit gegangen, wenn behauptet wird, die Entwendung der Schuldurkunde von Seiten des Schuldners oder der Quittung von Seiten des Gläubigers gehöre auch hierher, indem sie nach römischem Rechte für ein Furtum des Betrages der Schuld gelte [42]). Dieses ist unrichtig. Dieser Fall gehört unter die oben lit. a angeführte Kategorie; lediglich die Urkunde ist es, welche hier als gestohlene gilt (vergl. die Stellen der folgenden Noten). Nur mußte hier die Frage entstehen, wie in einem solchen Falle bei der furti actio die Privatstrafe zu berechnen sei. Manche römische Juristen meinten, es sei blos der Werth der Urkunde an sich (der tabulae) zum Grunde zu legen [43]). Allein die Meisten — und diese Ansicht ging auch in unsere Rechtsbücher über — glaubten, es sei auch hier das ganze Interesse des Bestohlenen zu verdoppeln oder zu vervierfachen, und dieses Interesse bestehe, wenn der Gläubiger die Schuld oder der Schuldner die Befreiung nicht durch andere Urkunden erweisen könne [44]), im Zweifel im Betrage dessen, worauf die Schuldurkunde oder die Quittung laute [45]).

B) Furtum possessionis. Daß dieser Ausdruck bei den Römern Kunstausdruck für gewisse Fälle des Furtum war, ist zu bezweifeln (Note 25). Aber welche Richtung des Furtum soll die in den Desi-

---

dektenr., §. 380. Wilh. Francke, Beiträge ꝛc., Abthl. 1, 1838, S. 95 flg. S. aber Glück a. a. O. Sell, de condictionibus; quaest. II. (Darmst. 1834), p. 98 sq.; auch Heimbach, Rechtslexikon, Bd. 2, S. 894. Auch Dollmann, S. 16 flg., leugnet es, und behauptet, wie schon vor ihm Francke a. a. O., ein Furtum sei hier nur dann vorhanden gewesen, wenn die Uebergabe der Sache durch einen wesentlichen Irrthum in Person oder Sache nichtig war, und deßhalb die Eigenthumsübertragung nicht eintrat. Allein Dollmann übergeht es, gerade auf die Hauptstellen (L. 18. u. L. 38. §. 1. cit.) sich näher einzulassen, bei welchen, wenn auch die Römer bei einzelnen Fällen zwischen Stellionat und Furtum geschwankt haben mochten (L. 29. §. 5. D. mand. (17. 1.), sich doch nur das im Texte angegebene Resultat annehmen läßt; denn was Francke, a. a. O., über jene Stellen ausführt, dürfte nicht geeignet sein, sie zu beseitigen.

40) Vgl. auch Klien, S. 136 flg.

41) L. 27. §. 3. L. 31. §. 1.; vergl. auch L. 52. §. 23. D. h. t. L. 41. D. ad leg. Aquil. (9. 2.)

42) Ich war auch in meinem Lehrbuche, Bd. 2, S. 275, dieser Ansicht. — Hepp, in seinen Versuchen S. 218, scheint es nicht blos auch anzunehmen, sondern zu glauben, daß es nicht einmal eine Anomalie wäre. Er sagt: durch die Wegnahme der Schuldurkunde wird ja auch wirklich so viel genommen (?), als der Dieb schuldig war. Denn in Beziehung auf ihn ist die Forderung dadurch getilgt (??), und der Gläubiger verliert die Summe, auf welche die Urkunde lautet. Vgl. L. 27. §. 1. 2. L. 32. h. t.

43) L. 32. pr. h. t.

44) L. 27. §. 1. 2. L. 32. pr. §. 1. h. t.

45) L. 27. §. 2. L. 28. pr. L. 82. §. 3. h. t.

nitionen des Furtum aufgenommene contrectatio possessionis rei bezeichnen? Theophilus meint (paraphras. IV. 1. §. 1), gewisse Fälle der Unterschlagung, indem er als Beispiel anführt: wenn der Depositar oder der Pfandgläubiger die Sache sich aneignet, weil dadurch dem Eigenthümer die possessio entzogen werde.

Auf die Auctorität von Theophilus behaupten auch wirklich einige unserer Schriftsteller [46]), daß die Unterschlagung der (einzige) Fall des f. possessionis sei [47]), und daß die Fälle, welche die gewöhnliche Meinung zum f. possessionis zähle, nicht zu diesem, sondern zum f. ipsius rei gehören. Allein abgesehen davon, daß schon die Fassung des hierher gehörigen Institutionentitels gegen die Ansicht von Theophilus sprechen dürfte [48]), so müßte sie auf innere Widersprüche und grobe Inconsequenzen führen. Denn bei ihr müßte man consequenterweise gerade den Hauptfall des f. ipsius rei, den oben unter lit. a bei Note 27 angeführten Fall, nicht zum f. ipsius rei, sondern zum f. possessionis zählen, da ja auch in diesem Falle die possessio dem Eigenthümer entzogen wird! Freilich entzieht ihm hier der Fur auch die Sache selbst, und will sie sich zueignen. Allein dieses thut er ja auch bei der Unterschlagung. Und dann, wie sollte es sich denn irgend erklären lassen, daß in den Fällen, in welchen gerade nichts weiter als die possessio entwendet wird (z. B. wenn der Eigenthümer dem Faustpfandgläubiger das Pfand entwendet), kein possessionis furtum vorhanden sein soll? Zu erklären suchen dieß auch die Anhänger dieser Ansicht nicht; sondern sie sagen eben, in diesen Fällen werde in den Quellen die That ein furtum suae rei genannt und von rem subripere gesprochen, also — sei es ein furtum ipsius rei. Allein dieß kann schon deßwegen nichts beweisen, weil, wenn auch blos vom Furtum des Besitzes die Rede ist, doch eine Sache zunächst es sein muß, die der Fur wegnimmt. Auch ist dabei übersehen, daß auf die gleiche Weise die Quellen ja auch von den Fällen sprechen, welche die angeführten Schriftsteller zum furtum possessionis zählen [49]). Will man sich nicht in unauflösliche Widersprüche ver-

---

46) Marezoll, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 8, S. 284. v. Buchholz, juriſt. Abhandlungen, 1833, S. 323—339. Auch Abegg, Lehrbuch des Criminalr. §. 342, scheint Buchholz beizutreten.

47) v. Buchholz geht eigentlich noch weiter, als die Beispiele von Theophilus. Er behauptet, f. poss. sei, „wenn Jemand, der eine Sache in einem, nicht mit allen juriſtiſchen Wirkungen versehenen, Besitze hat, sich wider besseres Wissen in habsüchtiger Absicht einen Besitz mit vollen juriſtiſchen Wirkungen durch eine äußere Handlung zueignen, also seine Detention oder seinen Interdictsbesitz in Usucapionsbesitz (?!) verwandeln will." Von einem solchen Falle spricht Theophilus offenbar nicht (denn zu seiner Zeit galt ja die usuc. pro herede lucrat. nicht mehr). Zwar sagt v. Buchholz: „Verwandlung der Detention in bloßen Interdictsbesitz genügt noch nicht, weil ja Theophilus verlangt, daß der possessionis fur als dominus besitze." Allein besitzt denn der Interdictsbesitzer nicht auch ὡς δεσποτης?

48) Schrader, in s. Instit.-Ausg. S. 581.

49) Z. B. L. 71. pr. h. t.: Si is, cui commodata res erat, furtum ipsius admisit. Daß die L. 1. §. 15. D. si is, qui test. lib. (47. 4.),

wickeln, so kann man, wenn man, wie es unsere Quellen thun, verschiedene Richtungen des Furtum durch res ipsa, possessio und usus unterscheidet, diese Unterscheidung nur danach bestimmen, ob die Sache selbst vom Fur sich angeeignet und dem Berechtigten völlig entzogen wird (furtum ipsius rei), oder ob blos ein unrechtlicher Gebrauch derselben Zweck des Fur ist, oder endlich, ob es sich weder von einem widerrechtlichen Zueignen der Sache, noch von einem widerrechtlichen Gebrauche, sondern lediglich von einem widerrechtlichen Ergreifen des Besitzes und Entziehen der Besitzvortheile handelt (furtum possessionis). Letzteres ist aber nur vorhanden, wenn derjenige, der die Sache als die seinige behandelt, somit sich zueignen darf, den ihm nicht gebührenden Besitz der Sache entwendet, also lediglich der Besitz es ist, auf den die widerrechtliche That geht. Es gehören somit zum furtum possessionis diejenigen Fälle des furtum suae rei[50]), in welchen blos der Besitz der Sache es ist, den der Eigenthümer der Sache einem dritten Berechtigten widerrechtlich entzieht. Nicht aber gehören zu demselben alle Fälle des furtum suae rei; denn bei dem letzteren kommen auch Fälle vor, in welchen es sich nicht um Besitzentziehung (Note 54), und Fälle, in welchen es sich um mehr, als bloße Entziehung des Besitzes und der mit demselben verbundenen Vortheile (Note 55) handelt. Furtum suae rei ist nämlich vorhanden, wenn der Eigenthümer seine Sache demjenigen, der sie im guten Glauben besitzt[51]), oder demjenigen, der sie, sei es wegen dinglichen oder wegen persönlichen Rechtes, detinirt und ein Retentionsrecht hat[52]), oder wenn er dem Faust-

---

welche v. Buchholz hierher zieht, hierher nicht gehöre, bemerkt schon Schrader a. a. O. Auch läßt sich in der That gar nicht denken, was die Stelle für die Buchholz'sche Ansicht beweisen soll. Sie sagt nur: si nullus sit possessor, furtum negat fieri, was wenigstens nach dem späteren röm. Rechte entschieden nicht so ist. Sollte aber v. Buchholz glauben, nach furtum sei etwa possessionis hinein zu denken, so sollte man freilich meinen, daß sie blos einen sich von selbst verstehenden Satz ausspreche, d. h. den, wo kein Besitzer ist, sei auch kein f. poss. möglich. Allein nach v. Buchholz's Ansicht kann ja gerade auch am Nichtbesitzer ein Besitzdiebstahl verübt werden (beim furtum an verlorenen Sachen).

50) §. 10. J. h. t. Uebrigens dürften schon die gewöhnlichen römischen Beschreibungen des Furtum (z. B. §. 6. J. eod. Caius, III. 195. Paulus, rec. sent. II. 31. §. 1. 21.), beweisen, daß das f. possessionis erst später zum Furtum gezählt wurde. Denn daß unter res aliena hier auch die dem Eigenthümer nicht gebührende Possessio verstanden worden sei (wie Schwarze in der Note 28 angef. commentat. de rap. p. 8 u. 9, glaubt), läßt sich nicht annehmen. Vgl. auch Klien, S. 233. — Unrichtig ist es wohl, wenn Dollmann, S. 5, zum Furtum auch den Fall zählt, wenn ein Unberechtigter ein Retentionsrecht gegen den Eigenthümer ausüben will. Er sagt selbst, daß er aus den Quellen nichts dafür anführen könne. Abgesehen davon, daß die Handlung in das Gebiet der vom Furtum getrennten Selbsthilfe fällt, so ist die Behauptung im Widerspruche mit Dollmann's eigenen Ansichten über die Art von possessio, deren Anmaßung er zum Furtum für erforderlich hält.

51) L. 20. §. 1. L. 53. §. 4. D. h. t.

52) L. 15. §. 1. 2. L. 20. §. 1. L. 59. D. h. t.

pfandgläubiger das Faustpfand [53]) entwendet; außerdem aber auch, wenn der Eigenthümer die durch besonderen Vertrag verpfändete, in seinen Händen befindliche bewegliche Sache veräußert [54]), und wenn er die Früchte seiner Sache dem zum Fruchtgenuß Berechtigten entwendet [55]).

C) Furtum usus, d. h. widerrechtliche Anmaßung des bloßen Gebrauches einer Sache oder Ueberschreitung des gestatteten Gebrauches derselben [56]). Keineswegs ist zu diesem Furtum erforderlich, daß die Sache dem Fur vorher durch einen Contract (Depositum, Commodat u. dergl.) anvertraut war [57]). Auch das eigenmächtige Hinwegnehmen einer fremden Sache, blos um sie zu gebrauchen (nicht um sie zu verbrauchen), z. B. das Benutzen eines fremden Gefährtes zum Fahren, eines fremden Hengstes zum Beschelen, ist furtum usus [58]).

3) Die rechtsverletzende That muß wirklich ausgeführt, das Furtum vollendet sein. Es gehört dieses zum wesentlichen Thatbestande des Furtum, weil das Furtum Privatdelict, somit ein Versuch desselben als Furtum [59]) nicht strafbar war. Es ist daher namentlich kein Furtum vorhanden:

a) wenn die Contrectation objectiv nicht zur Ausführung gebracht wurde [60]). Was zur Ausführung der Contrectation, somit zur Vollendung des Furtum in dieser Beziehung gehört, ergibt sich aus den einzelnen Richtungen der diebischen Contrectation; es muß die Handlung, welche in einer der oben bezeichneten Richtungen der Contrectation liegt, vollendet sein, sollte auch im Uebrigen der Thäter seine Zwecke nicht voll-

---

53) L. 19. §. 5. 6. L. 20. pr. D. eod. L. 36. pr. D. de pign. act. (13. 7.) §. 10. 14. J. h. t.

54) L. 66. pr. L. 19. §. 6. D. h. t.

55) Vgl. Note 21. Der Entwendende ist zwar hier Eigenthümer der Sache, und bleibt es, wenn ein Pachter oder Usufructuar der Verletzte ist, auch nach der Trennung der Früchte von der fruchttragenden Sache (Note 19). Allein hier ist es doch nicht blos der Besitz der Sache, den er sich widerrechtlich verschaffen will, sondern er will die Sache selbst, auf deren Aneignung und Erwerbung ein Dritter das Recht hat, diesem völlig entziehen und sich widerrechtlicher Weise bleibend aneignen.

56) L. 40. 48. §. 4. L. 54. pr. §. 1. L. 76. pr. L. 82. pr. D. h. t. L. 5. §. 8. D. commod. (13. 6.) L. 16. D. de condict. furt. (13. 1.) Verbraucht derjenige, welchem Sachen zur Verwaltung oder Aufbewahrung anvertraut sind, dieselben, so begeht er, selbst wenn er die Absicht des Ersatzes haben sollte, kein f. usus, sondern ipsius rei (Unterschlagung). Denn im Verbrauchen liegt eine Aneignung der Sache. Dieß ist ganz übersehen in der auch sonst unbedeutenden und mißrathenen Dissert. von Aug. Frid. Schott, de furto usus. (Lips. 1775, 4.) p. 5.

57) Wie Manche glauben, z. B. Klien, S. 177, 179 flg. Henr. Luden, D. de furti notione sec. ius Rom. (Jen. 1831, 8.) p. 27.

58) L. 52. §. 20. D. eod. Vgl. auch L. 15. D. de condict. causa dat. (12. 4.) a. E. L. 14. D. commodati. (13. 6.) Der richtigen Ansicht sind u. A. Roßhirt, im Archiv, Bd. 3, S. 75; Heffter, Lehrbuch, 2. A., §. 496, Note 5.

59) Wohl aber kann er ein anderes consummirtes Verbrechen, z. B. eine Injurie, bilden (Note 60).

60) L. 21. §. 7. L. 52. §. 19. D. h. t. Paulus, rec. sent. II. 31. §. 35.

ſtändig erreicht haben. Es muß alſo beim furtum usus ein Gebrauch mit der Sache wirklich ſchon gemacht[61]), beim f. possessionis der Beſitz dem Berechtigten wirklich ſchon entzogen[62]), beim f. ipsius rei durch Veräußerung der Sache (oben Note 36) die Veräußerung ſelbſt durch Uebergabe der Sache vollzogen[63]) worden ſein. So iſt ferner zur Conſummation desjenigen furtum ipsius rei, welches in der Zueignung der Sache durch Entwenden aus fremdem Gewahrſam beſteht (oben Note 27), erforderlich, aber auch hinreichend, daß der Fur dem Berechtigten den Beſitz der Sache entzieht und ſich denſelben erwirbt, alſo die Sache ergriffen und in ſeine Gewalt gebracht hat mit der Abſicht, ſie ſich zuzueignen[64]). Es wird dieß auch durch tollere, loco movere, amovere etc. bezeichnet, weil mit einer ſolchen Contrectation ſtets ein Wegnehmen der Sache von ihrer Stelle verbunden iſt. Oft wird auch der Ausdruck auferre gebraucht. Daß aber damit nicht ein wirkliches Wegtragen, auch nicht einmal ein Beginnen des Wegtragens als Requiſit der Conſummation bezeichnet werden ſoll, ſondern blos das, was der Fur gewöhnlich thut und thun will, beweiſen ſchon die Grundſätze über das furtum manifestum und die L. 21. §. 10. h. t.[65]) Bei der Unterſchlagung (oben Note 34, 35) reicht zur Conſummation die Abſicht, die Sache, die man detinirt, zu behalten, nicht hin, eben ſo wenig das Ableugnen der Sache gegen den zurückfordernden Eigenthümer, ſondern der Thäter muß auch hier die Sache beſonders ergreifen in der Abſicht, ſie ſich zuzueignen[66]).

b) Wenn die Contrectation mit Zuſtimmung des Berechtigten geſchah. Wußte dieß der Wegnehmende, ſo kann natürlich ſchon an ſich von einem Furtum nicht die Rede ſein[67]). Wußte er es aber nicht und glaubte er daher ein Furtum zu begehen, ſo iſt die Handlung doch kein Furtum und ſtraflos, weil, ſobald der Berechtigte nichts gegen die Wegnahme hatte, in einem ſolchen Falle blos von einem Verſuche die

---

61) S. die Stellen der Note 56. Keineswegs iſt aber nöthig, daß der Fur den ganzen Gebrauch, den er zu machen beabſichtigte, wirklich gemacht hat. Es genügt, wenn er den Gebrauch zu machen begonnen, und dadurch ſchon irgend einen unerlaubten Gebrauch gemacht hat.

62) Die Stellen der Noten 51—53.

63) Caius, comm. II. 50.: Qui alienam rem vendidit et tradidit, furtum committit; idemque accidit, etiam si ex alia causa tradatur. Vgl. §. 3. J. de usucap. (2. 6.)

64) L. 21. pr. §. 8. 10. L. 22. D. h. t. L. 10. pr. D. de condict. furt. (13. 1.) Klien, S. 130, 246—265.

65) Quamvis autem earum quoque rerum, quas quis non abstulit, furti teneatur etc. Vergl. auch L. 21. pr. §. 8. h. t., über dieſe Stellen Klien, S. 254 flg., und meine Abhandl. über Conſummation des Diebſtahls, im neuen Archiv des Crim.-R. 1840, Heft 2.

66) L. 1. §. 2. L. 52. §. 19. L. 67. pr. D. h. t. L. 3. §. 18. D. de poss. (41. 2.) v. Savigny, Recht des Beſitzes (6. Aufl.), §. 33, S. 431 flg. — Unrichtig iſt es, wenn Dollmann S. 74 ſagt, das Furtum könne „ohne irgend eine Aenderung der factiſchen Lage der Sache vollbracht werden."

67) War die fremde Sache in der Detention eines Dritten (z. B. bei einem Dritten deponirt), und geſtattete der Detentor wider des Eigenthümers Willen die Wegnahme, ſo iſt die Handlung doch ein Furtum. Sie fällt dann unter den zweiten Fall des f. ipsius rei (oben A b).

Rede sein könnte [68]). Ueber einen Fall war bei den Römern Streit: wenn nämlich der Berechtigte die Wegnahme, ohne in sie wirklich einzuwilligen, doch nicht verhindert, während er sie hätte verhindern können, oder er, von der Absicht des Fur unterrichtet, die Wegnahme blos in der Absicht geschehen läßt, um den Thäter zu ertappen. Manche, z. B. Labeo und Cajus, verneinten hier das Dasein eines Furtum [69]), Andere, wie Paulus, bejahten es [70]), und Justinian entschied für die letztere Ansicht [71]). Dieß auch ganz mit Recht. Denn eigentlich liegt hier gar nicht ein bloßer Versuch des Furtum [72]), sondern an sich schon ein vollendetes Furtum vor, da hier der Berechtigte keineswegs darein willigen wollte, daß ihm die Sache wirklich entzogen werde.

c) Wenn Niemand an der Sache Rechte hatte oder die Handlung gegen einen Solchen begangen wurde, dem keine Privatrechte in Beziehung auf die Sache zugestanden, sollte auch der Thäter geglaubt haben, gegen einen Berechtigten zu handeln [73]. 74]).

d) Wenn die Sache eine solche war, an der ein Furtum nicht verübt werden kann (z. B. Note 171), sollte auch der Thäter diese Eigen-

---

68) L. 46. §. 8. D. h. t. Dieser Grundsatz wurde durch Justinian's Entscheidung in den Stellen der Note 71 nicht aufgehoben. Diese handeln gar nicht von wahrer Einwilligung. And. Mein. scheint Luden, über den Versuch des Verbr., S. 190, zu sein.

69) L. 91. D. h. t. Caius, comm. III. 198.

70) L. 91. cit. Labeo L. 2. Pithan. a Paulo epit. Si quis, cum sciret, quid sibi subripi, non prohibuit, non potest furti agere. Paulus: Imo contra; nam si quis scit sibi rapi, et quia non potest prohibere, quievit: furti agere potest. At si potuit prohibere, nec prohibuit: nihilominus furti aget. Et hoc modo patronus quoque liberto, et is, cuius magna verecundia, ei quem in praesentia pudor ad resistendum impedit furtum facere solet.

71) L. 20. C. h. t. §. 8. J. eod.

72) Wie z. B. Schrader, in s. Instit.-Ausg. S. 588, und H. Luden, über den Versuch des Verbr., S. 190, annehmen. Allerdings sagt auch Justinian a. a. O.: Secundum iuris regulas furtum quidem non est commissum, quia is videtur furtum committere, qui contra domini voluntatem res eius contrectat. Allein am Ende entscheidet er dann doch für die furti actio, und sein Zweifelsgrund ist nur ein unrichtiger. Die Frage ist jetzt noch praktisch wichtig. Daß nach teutschem Rechte, das den Versuch des Diebstahls bestraft, hier jedenfalls Strafe eintreten müßte, leidet keinen Zweifel; aber ob bloße Versuchsstrafe, oder die Strafe des vollendeten Diebstahls, dieß hängt von der im Texte berührten Frage ab. — Von der anderen Seite geht Luden, a. a. O. S. 191, nach röm. Rechte viel zu weit, wenn er Justinian's Entscheidung „aus Gleichheit des Grundes" auch auf Denjenigen anwenden will, der eine fremde Sache diebisch zu erfassen meinte, während es seine eigene war, die er wirklich ergriff. Wer soll dann in einem solchen Falle die furti actio haben? Ueberhaupt geht der allgemeine Satz, den Luden, a. a. O. S. 197, über Bestrafung des Versuchs des Furtum nach römischem Rechte aufstellt, viel zu weit.

73). 74) L. 43. §. 5. L. 14. §. 4. L. 76. §. 1. D. h. t. Mein Lehrbuch Bd. 1, S. 255; Bd. 2, S. 277. Deßhalb konnte an einer herrenlosen Sache ein Furtum nicht begangen werden, sollte auch der Thäter geglaubt haben, sie sei nicht herrenlos. L. 43. §. 5. cit.

schaft der Sache nicht gekannt haben[75]). Hierher gehört auch, wenn der Eigenthümer seine eigene Sache entwendet[76]), in der Meinung, sie gehöre einem Dritten.

4) Dolus des Thäters[77]), d. h. das Bewußtsein, fremde Rechte eigenmächtig zu verletzen. Es ist daher ein Furtum, überhaupt eine strafbare Handlung, namentlich nicht vorhanden, wenn der Thäter aus Rechtsirrthum nicht wußte, daß er fremde Rechte durch seine That verletzte, z. B. wenn er aus Rechtsirrthum die fremde Sache für die seinige hielt[78]), oder dieses aus factischem Irrthum nicht wußte, z. B. eine gefundene Sache irrigerweise derelinquirt oder aus factischem Irrthum eine fremde Sache für die seinige hielt[79]), ferner wenn er glaubte, mit Zustimmung des Berechtigten zu handeln, oder sie voraussetzen zu können[80]).

5) Absicht, durch die Contrectation der Sache sich einen Vermögensvortheil zu verschaffen, oder wie die römischen Quellen sagen, animus lucri faciendi[81]). Drückt dieses Requisit zwar zunächst nur die Absicht aus, den Vermögensvortheil zu erhalten, der durch die Erwerbung von Sachen selbst oder ihres Besitzes oder durch ihren Gebrauch, also durch die Disposition über ein Vermögensstück, oder durch Freiwerden von Verbindlichkeiten (Note 41) erlangt wird[82]), so ist von der anderen Seite es doch nicht streng wörtlich zu nehmen, und seine Bedeutung mehr eine negative. Denn es sollen dadurch hauptsächlich die Fälle vom Furtum ausgeschlossen werden, in welchen die Contrectation der Sache blos den

---

75) L. 6. D. expil. hered. (47. 19.)

76) Falls die That nicht unter die Kategorie des furtum suae rei fällt.

77) L. 1. §. 3. (vgl. Note 29.) L. 46. §. 7. L. 50. §. 2. D. h. t.

78) L. 21. §. 3. D. eod. L. 36. §. 1. L. 37. pr. D. de usurp. (41. 3.) Vgl. auch §. 1. J. vi bon. rapt. (4. 2.) Keineswegs ist die letztere Stelle mit L. 8. D. de ignor. (22. 6.) in Beziehung zu bringen, wie Martin, Lehrbuch, 2. A., §. 144, Note 2, glaubt. Denn die Regel, daß iuris error in damnis amittendae rei non nocet, wird vom röm. Rechte nirgends auf Delicte und deren Strafen bezogen. Deßhalb könnte auch, wenn der Thäter das Stehlen selbst für erlaubt gehalten zu haben behaupten würde, diese Berufung ihn nicht entschuldigen. Mein Lehrb. Bd. 1, S. 120, 121.

79) L. 36. pr.; ferner L. 43. §. 6. 10. 11. D. h. t. L. 57. D. mand. (17. 1.) §. 4. J. de usucap. (2. 6.) Weiß der Thäter, daß die Sache eine fremde ist, und verwechselt er sie nur mit einer anderen fremden, oder kennt gewisse Eigenschaften derselben nicht, z. B. er stiehlt fremde Steine, weiß aber nicht, daß es Grenzsteine sind, so fehlt hier natürlich der zu einem Furtum überhaupt nöthige Dolus nicht. Hieraus erklärt sich L. 2. D. de term. mot. (47. 21.) a. E.

80) L. 46. §. 7. D. h. t. Deßhalb ist auch kein furtum usus vorhanden, wenn Derjenige, welcher den Gebrauch sich anmaßt oder überschreitet, glaubt — sei es auch ganz irrig und unter Umständen, unter welchen er es nicht hätte voraussetzen sollen — der Eigenthümer werde nichts dagegen haben. §. 7. J. h. t. L. 76. pr. D. h. t. Nur kann er in einem solchen Falle wegen Culpa auf Ersatz belangt werden. D. l. c.

81) L. 1. §. 3. L. 43. §. 4. L. 65. D. eod. Nach der gewöhnlichen Lesart gehört auch §. 1. J. eod. hierher. Allein die Worte lucri fac. grat. sind hier wohl unecht.

82) Klien, S. 305 flg. Grolman, Grundsätze §. 181.

Zweck hat, den Eigenthümer zu kränken, ihm seine Sache zu verderben, sie ihm lediglich zu entziehen oder sie zu vernichten, ohne sie sich selbst oder einen Nutzen daraus anzueignen [83]). Deßhalb ist weder Habsucht, noch Gewinnsucht, noch Absicht, sein Vermögen bleibend zu vermehren oder sich etwas zu ersparen zum Furtum in subjectiver Hinsicht erforderlich (wie Viele jenes Requisit auffaßten), was sich schon dadurch erweist, daß wer Eß- oder Trinkwaaren, blos um sie zu naschen und gleich zu genießen, oder wer Sachen, um sie sofort zu verschenken, entwendet, ein Furtum begeht [84]).

Die unter Nr. 4 und 5 angeführten Theile des Thatbestandes des Furtum bezeichnen die römischen Quellen zusammen auch durch animus oder affectus furandi [85]).

In Beziehung auf die Strafe [86]) unterscheidet das römische Recht (schon die 12 Tafeln) zwischen furtum manifestum und nec manifestum. Furtum manifestum ist [87]), wenn der Fur nach geschehener Entwendung mit dem Entwendeten auf der That oder am Orte des Diebstahles oder wenigstens, noch ehe er es an den Ort, wo er es am Tage des Diebstahles bergen oder mit dem Entwendeten bleiben wollte, brachte,

---

83) Den Gegensatz zum animus damnum dandi, iniuriandi etc. L. 22. pr. L. 53. pr. D. h. t. L. 41. §. 1. D. ad leg. Aqu. (9. 2.) L. 14. §. 2. D. de praesc. verb. act. (19. 5.) Vorzüglich Klien, S. 305 flg. Ueber L. 39. u. L. 82. §. 2. h. t. vergl. Dens. S. 147 flg.; Hefftter, Lehrb. 2. Ausg., §. 489, Note 9; auch Paulus, rec. sent. II. 31. §. 12. 31.

84) L. 54. §. 1. D. eod. Vgl. auch L. 15. D. de condict. causa dat. (12. 4.)

85) Durch diesen Ausdruck wird nicht blos der Dolus, wie Klien, S. 131, 330, glaubt, sondern dolus und animus lucri faciendi, also der ganze subjective Thatbestand beim Furtum (diebliche Absicht) bezeichnet. S. L. 33. L. 43. §. 5. 11. L. 52. §. 20. L. 56. §. 3. L. 75. D. h. t. (Vgl. auch L. 22. pr. §. 1. L. 25. §. 2. eod.) L. 2. §. 1. D. de tut. act. (27. 3.) §. 7. J. h. t. §. 5. J. de usucap. (2. 6.)

86) Ueber das sachverfolgende, auf Zurückgabe und Ersatz gehende, Rechtsmittel beim Furtum, die condictio furtiva, gehört das Nähere nicht hierher. S. hierüber Rechtslexikon Bd. 2, S. 902 flg. Doch kann ich es nicht unterlassen, hier auf einen Punkt aufmerksam zu machen. Unsere Civilisten scheinen hier eine wesentliche Lücke nicht zu beachten, die sie durch eine consequente Weiterbildung unseres Rechtes in seinem Geiste ergänzen sollten. Die condictio furtiva steht blos dem Eigenthümer der Sache zu; alle übrigen Personen, welche zur Pönalklage berechtigt sind, haben nicht das Recht zur condictio. Im röm. Rechte war dieß keine Lücke; denn den Letzteren half eben die Pönalklage, die actio furti, mittelbar auch zum Ersatz. Allein nach teutschen Gesetzen ist beinahe in allen, nach dem entschiedensten Gewohnheitsrechte in allen Fällen die furti actio ausgeschlossen. Wie sollen nun jene übrigen Personen (Usuar, Pachter, und die übrigen Detentoren, selbst der Bestohlene beim furtum possessionis) zum Ersatze kommen? Nach der Darstellung unserer Civilisten hätten sie, da die f. actio wegfällt und die condictio ihnen nicht zukommt, gar keine Klage! Offenbar wird man nun hier ergänzen, und ihnen eine in factum actio auf Ersatz ihres Interesses geben müssen. Vgl. auch L. 50. §. 4. L. 66. §. 4. D. h. t.

87) Ueber den Umfang des furt. man. war unter den römischen Juristen Streit. Caius, comm. III. 184. In Justinian's Rechtsbücher ist die im Texte angegebene Bestimmung aufgenommen.

ergriffen[88]), oder wenn er, ehe er so weit kam, entdeckt, und, wenn auch vergeblich verfolgt wurde[89]); in allen anderen Fällen ist das Furtum ein nec manifestum. Das furtum manifestum war durch härtere Strafe ausgezeichnet. Den Grund dieser Auszeichnung deuten die römischen Quellen nicht näher an, und deßhalb ist hierüber viel Streit. Das römische Recht strafte überhaupt in den älteren Zeiten häufig delicta manifesta härter[90]), und so auch das furtum manifestum, wohl aus keinem anderen Grunde, als theils um der Privatrache mehr entgegen zu wirken[91]), theils weil das größere Aergerniß, das eine solche That erzeugt, eine größere Genugthuung nöthig erachten ließ[92]).

Bei der Strafe des Furtum (die besonderen Grundsätze, welche bei der rapina galten, sind hier übergangen, da sie besser unter dem Artikel Raub dargestellt werden) muß man unterscheiden:

I) Den wegen Furtums Verurtheilten trifft jedenfalls Infamie[93]). Außerdem kann

---

88) L. 3. pr. §. 2. L. 4—6. L. 7. §. 1. L. 34. 35. D. h. t.

89) L. 7. §. 2. D. h. t., vergl. mit §. 3. J. h. t. Cuiacius, obs. XI. 38. Konopak, (altes) Archiv des Cr.-R. Bd. 7, S. 290 flg. Schrader, in s. Institut.-Ausg. S. 583. Von wem die Verfolgung oder das Ertapptwerden geschieht, ist gleichgiltig (L. 3. §. 1. L. 7. §. 3. D. h. t. J. l. c.), nur müssen es natürlich solche Personen sein, welche gegen den Fur auftreten, ihn zur Rechenschaft zu ziehen suchen. Deßhalb ist es kein f. man., wenn der Fur von Angehörigen oder einem Bekannten bei der That überrascht wird, und diese ihn vergeblich abzumahnen suchen, aber sonst nichts gegen ihn vornehmen. Vgl. auch Abegg, im neuen Archiv des Cr.-R. Bd. 14, S. 440 flg. Nur möchte sich seine allgemeine Behauptung S. 442 schwer begründen lassen (und mit dem, was er selbst S. 444 sagt, nicht ganz im Einklange stehen), daß Kinder in väterlicher Gewalt, und überhaupt solche Angehörige des Diebes, die von der Anstellung einer infamirenden Klage gegen denselben ausgeschlossen sind, sofern sie ihn bei der That betroffen, nicht geeignet seien, den Thatbestand eines furt. man. herbeizuführen.

90) Dieß übersah Hepp, Versuche S. 136. Vgl. meine Abhandl. aus d. Strafr. S. 67, und die dort Angef.

91) Hepp a. a. O. S. 132 flg.

92) Es sind hauptsächlich zwei Ansichten, in welche Andere über diese Frage sich theilen. Manche (z. B. Cuiacius, obs. XIX. 12.) wollen in der höheren Privatstrafe des f. man. eine Belohnung für die hausväterliche Wachsamkeit des Bestohlenen finden. Allein s. L. 3. §. 1. L. 7. §. 3. D. h. t. §. 3. J. h. t. Andere glauben, das f. man. habe für einen Beweis von größerer Frechheit und Verwegenheit des Thäters gegolten (so nun auch theilweise Abegg, im neuen Archiv, Bd. 14, S. 435, unter Berufung auf A. Gellius, XX. 1. §. 8). Allein dann müßte auch in noch anderen Fällen (z. B. in dem der L. 7. §. 1. h. t.) ein f. man. angenommen worden sein; auch kann das Ertapptwerden gerade ein Beweis der Unerfahrenheit, Unbeholfenheit, und somit geringerer Gefährlichkeit des Thäters sein. Vgl. auch Hepp, Versuche, S. 117 flg.

93) L. 7. D. de publ. iud. (48. 1.) L. 1. L. 4. §. 5. L. 6. pr. §. 1. D. de his, qui not. (3. 2.) L. 8. C. e. t. (2. 12.) Paulus, rec. sent. II. 31. §. 15. Daß bei jedem Furtum Infamie eintrat, darüber lassen diese Stellen keinen Zweifel. Dollmann, S. 55, behauptet wegen L. 10. §. 2. D. de poen., wenn ein Plebejer oder Decurio auf eine accusatio wegen Furtums zur Peitschen- oder Arbeitsstrafe dem Rechte gemäß verurtheilt worden, und die Strafe erlitten haben, sie nicht infam werden, „wohl aber Angesehenere"

II) der Verletzte auf eine Privatstrafe mit der furti actio klagen, und zwar beim furtum manifestum auf das Vierfache (durch den Prätor, als die Strafen der 12 Tafeln allmälig unangemessen gefunden wurden [94]), eingeführt), beim nec manifestum (schon nach den 12 Tafeln) auf das Zweifache [95]) des Betrages seines Interesses [96]). Anstellen kann die Klage in der Regel [97]) Jeder, der ein rechtliches Interesse hat, rem salvam esse oder non subripi; die näheren Bestimmungen ergeben sich aus dem oben bei Note 8—21 Gesagten [98]). Angestellt werden kann sie gegen den Fur selbst, gegen seine Gehilfen [99]) und gegen den Hehler [100]), und zwar gegen Jeden auf den ganzen Betrag so, daß der Eine durch Zahlung der Anderen nicht frei wurde [101]). Außer diesen

---

(wenn diese zur Relegation verurtheilt wurden). Allein abgesehen von anderen Gründen, die in der Stelle selbst liegen, hat Dollmann übersehen, daß die Decurionen zu den Angesehneren gehören, und gegen sie die fustium castigatio eine ganz unzulässige Strafart war. L. 2. §. 2. D. de decur. (50. 2.) L. 5. C. ex quib. caus. inf. (2. 12.) Uebrigens trifft auch den Infamie, der durch einen Vergleich die furti actio um Geldeswerth von sich abwendete. L. 1. L. 4. §. 5. L. 5. L. 6. §. 3. 4. D. de his, qui not. (3. 2.)

94) Vgl. auch A. Gellius, noct. Att. XX. 7. §. 10. Caius, comm. III. 189.

95) §. 5. 19. J. h. t. L. 1. §. 3. D. de publican. (39. 4.) Vgl. auch oben Note 6.

96) Wird nicht blos wegen entzogenen Besitzes oder Genusses, oder nicht von einem solchen Eigenthümer, dem der Genuß zur Zeit des Furtum nicht zukam, geklagt, so wird in der Regel, wenn der Kläger kein höheres Interesse liquidiren kann, der Werth der Sache, und zwar der höchste Werth, den sie in der Zeit von der Contrectation an einmal hatten, zu Grunde gelegt. Vgl. überhaupt über diese Frage L. 50. pr. L. 67. §. 1. L. 80. §. 1. D. h. t. mit L. 27. 32. 67. §. 1. 2. und mit L. 46. §. 1. 4. L. 74. 65. eod. Auch Dollmann, S. 44, 45.

97) Ein Interesse ex honesta causa ist nöthig. Nur reicht nicht immer ein solches Interesse schon hin. L. 14. §. 10. L. 49. 85. D. h. t. Auch gibt es einen Fall, in welchem fur furti agere potest. L. 48. §. 4. h. t.

98) Vgl. über diese Frage §. 13—17. J. h. t. L. 10—15. L. 20. §. 1. L. 46. §. 1. 4. 6. L. 47. L. 48. §. 4. L. 49. L. 52. §. 8—11. §. 18. 29. L. 53. §. 3. 4. L. 58. 59. 64. 66. §. 1. L. 71. 74. 76. §. 1. L. 78. 80. 82. §. 1. L. 85. D. h. t. L. 22. C. h. t. Auch Schrader, in s. Instit.-Ausg. S. 592 flg.

99) Cuius ope, consilio furtum factum est. §. 11. J. h. t. L. 50. §. 3. D. h. t. L. 53. §. 2. D. de V. S. (50. 16.) Da der Gehilfe so gut haftet, wie der Miturheber, so unterschieden hier die Römer nicht genau, und rechneten auch wahre Miturheber zu denen, quorum ope, consilio furt. fact. est, z. B. L. 52. §. 21. h. t. Vgl. überhaupt auch noch über die Gehilfen L. 36. L. 50. §. 1—4. L. 52. pr. §. 1. §. 13. 19. L. 66. §. 4. D. h. t. Jedenfalls war aber auch zur strafbaren Hilfeleistung dolus, d. h. hier wissentliches Unterstützen eines Furtum nöthig. L. 50. §. 4. L. 53. pr. L. 54. §. 4. L. 90. §. 1. D. h. t. Uebrigens ging gegen den Gehilfen nur die Klage wegen furt. nec manifestum, sollte er auch bei einem f. man. geholfen haben. L. 34. D. eod.

100) §. 4. J. h. t. L. 48. §. 1. D. h. t. L. 1. pr. D. de serv. fugit. (11. 4.) L. 14. C. de furt. (6. 2.)

101) Vgl. L. 21. §. 9. D. h. t. L. 1. §. 19. D. si is, qui test. lib. (47. 4.)

Klagen konnte nach älterem Rechte auch noch angestellt werden: eine actio furti concepti auf das Dreifache gegen den, bei welchem die entwendete Sache mit Zeugen in gehöriger Form gesucht und gefunden wurde [102]); eine actio furti oblati auf das Dreifache von dem, bei welchem die Sache so gefunden wurde gegen Denjenigen, welcher ihm die Sache in der Absicht gegeben hatte, damit sie, wenn sie gesucht würde, nicht bei ihm, sondern bei Jenem gefunden würde [103]); eine actio furti prohibiti auf das Vierfache gegen den, der sich der förmlichen Aufsuchung der entwendeten Sache widersetzte [104]), und eine actio furti non exhibiti gegen den, der die bei ihm aufgefundene, entwendete Sache herauszugeben sich weigerte [105]). Diese letzteren vier Klagen kamen aber nach Cajus und Paulus Zeiten außer Gebrauch [106]).

Mit einer besonderen höheren Privatstrafe ausgezeichnet war, außer der rapina, von welcher unter dem Artikel Raub näher die Rede sein wird, das furtum ex incendio, ruina, naufragio, rate nave expugnata. Es trat hier nach dem prät. Edicte eine Klage auf das Vierfache ein [107]).

III) Wegen Furtums konnte auch eine accusatio auf öffentliche Strafe erhoben werden. Es scheint sich dieß nur allmälig und von einzelnen Fällen ausgehend gebildet zu haben, indem anfangs einzelne Fälle des Furtum (besonders durch kaiserliche Rescripte) dadurch ausgezeichnet wurden, daß bei ihnen auch eine Anklage auf öffentliche Strafe zugegeben wurde, so daß dann diese Fälle unter die Kategorie der extraordinaria crimina fielen. Hierher gehören eine Reihe von Fällen, welche theils wegen des Gegenstandes der Entwendung, theils wegen Zeit und Art der Entwendung höhere Strafe zu verdienen schienen, nämlich:

a) das abigeatus crimen. Es war dieß eine Entwendung von Heerdenvieh, wenn sie absichtlich von der Heerde weg [108]), und

---

102) Nach den 12 Tafeln. §. 4. J. h. t. Caius, comm. III. §. 186. 191—194. Paulus, rec. sent. II. 31. §. 3. 5. 22. Vgl. auch die alten Rechte Norddeutschlands bei Cropp, in Hudtwalker's und Trummer's crimin. Beiträgen, Bd. 2, S. 360 flg.

103) Auch schon nach den 12 Tafeln. J. l. c. Caius l. c. III. 187. 191. Paulus l. c. II. 31. §. 3. 5. 14.

104) Nach dem prätor. Edicte. J. l. c. Caius l. c. III. 188. 192. Aehnliches in den germanischen Rechten, z. B. Lex Ripuar. XLVII. 2. Lex Burgund. XVI. 1. Rechtsbuch nach Distinctionen (herausgeg. von Ortloff), Bd. 4, Cap. 9, Dist. 16.

105) Auch nach dem prät. Edicte. J. l. c.

106) J. l. c. Bei den Ausdrücken furtum conceptum, oblatum etc. bezeichnet furtum das Object der Entwendung. Manche römische Juristen, wie Serv. Sulpitius, Sabinus, Paulus, nahmen furtum conceptum, oblatum etc. als eine Eintheilung des Furtum überhaupt; mit Recht erklärten sich Andere, wie Labeo, Caius und Justinian, dagegen (species potius actionis esse furto cohaerentes). Caius l. c. III. 183. §. 4. J. h. t.

107) L. 1. pr. D. de incend. (47. 9.), vergl. mit L. 3. §. 4. 5. 8. Ueber die nähere Bestimmung des Falles s. L. 1. §. 2. 3. ex incendio, ruina, L. 1. §. 5. L. 2. L. 3. pr. ex naufrag., L. 3. §. 1. L. 5. eod.

108) Abigei proprie hi habentur, qui pecora ex pascuis vel ex armen-

zwar bei kleineren Stücken entweder öfters (s. Note 108) oder in einer, eine Heerde bildenden Zahl, bei größeren Stücken (Pferde, Ochsen ꝛc.) auch nur einmal in der Einzahl[109]) geschieht. Die Strafe war bei honestiores Relegation oder ab ordine motio, bei Anderen in der Regel lebenslängliche[110]), bisweilen auch zeitliche öffentliche Arbeit, und konnte nach Umständen, namentlich bei Häufigkeit des Verbrechens bis zu Bergwerksarbeit steigen[111]); bewaffnete abigei sollten den wilden Thieren vorgeworfen werden[112]).

b) **Furtum balneārium**, Diebstahl an den Habseligkeiten der

---

tis subtrahunt et quodammodo depraedantur et abigendi studium quasi artem exercent, equos de gregibus vel boves de armentis abducentes. Ceterum si quis bovem aberrantem vel equos in solitudine relictos abduxerit, non est abigeus, sed fur potius. L. 1. §. 1. D. de abig. (47. 14.) Wegen dieser Stelle verlangen Manche (z. B. Duarenus, comm. ad tit. d. furt. c. 1; Erhard, de furti not. p. 45; Dollmann, S. 56) zum Abigeat Gewerbsmäßigkeit. Allein dieß liegt in der Stelle nicht, und dagegen ist auch L. 1. §. 4. L. 3. pr. eod. u. L. 16. §. 7. D. de poen. (48. 19.) Collat. leg. Mos. et R. XI. 3.; deßhalb verwerfen mit Recht Andere ein solches Requisit, z. B. Chr. Thomasius, tract. de abigeatu. Lips. 1687. (ed. 3. Hal. 1739, 4.) §. 54. G. L. Boehmer, D. de abigeatu et furto equor. (Goett. 1732, 4.) §. 32. Nur das ist in Justinian's Rechtsbüchern bestimmt ausgesprochen, daß die Entwendung absichtlich von der Heerde weg, und wenn sie an kleineren Stücken verübt wird, entweder öfters, oder in einer eine Heerde bildenden Zahl (L. 3. pr., vergl. mit L. 3. §. 2. de abig.) geschehen muß, wenn sie Abigeat sein sollte. — Uebrigens wurden bald auch andere Entwendungen von Vieh, die nicht unter den eigentlichen Abigeat fielen (furtum pecorum), als crimen extraord. behandelt, und mit ausgezeichneter Strafe bestraft. L. 1. §. 2. L. 3. §. 1. D. eod. Paulus, rec. sent. V. 18. §. 1. Das plenius coërcendum in L. cit. ist blos im Gegensatze zu anderen Dieben zu nehmen, und die Emendation in lenius, welche Cujacius (obs. VI. 8.) will, offenbar ungegründet. Ebenso ist die Emendation, welche Cujacius an der Stelle von Paulus in Hinsicht der öffentlichen Strafe des furt. pecorum vorschlägt (s. Schulting, ad h. l.), ganz unnöthig und nicht zu vertheidigen. Vgl. auch Püttmann, Adversar. lib. II. cap. 27. p. 193 sq. Erhard, de furti not. p. 46. Ueber und gegen verschiedene andere Auslegungen der L. 3. §. 1. z. B. v. Matthäus, Wissenbach ꝛc. s. Thomasius l. c. §. 62 sq.

109) L. 3. pr. D. de abig. L. 16. §. 7. D. de poen. (48. 19.) Ueber die Zahl scheinen die römischen Juristen nicht durchaus einig gewesen zu sein. Vgl. auch Paulus, rec. sent. V. 18. §. 1, und auch unsere älteren Juristen stritten viel darüber, z. B. ob eine Stute hinreiche oder zwei nöthig seien, s. z. B. Thomasius l. c. §. 45—53; Boehmer l. c. §. 36.

110) Nicht, wie Dollmann S. 56 sagt, zeitige. S. L. 1. pr. D. de abig. (in opus, et nonnunquam temporarium.)

111) L. 1. pr. §. 3. D. eod. Nach einem Rescripte von Hadrian sollte im letzteren Falle damnatio ad gladium eintreten, d. h. nicht (wie z. B. Dollmann S. 56 es übersetzt) Schwertstrafe, sondern Verurtheilung zum Gladiatorenkampfe. Vgl. Collat. leg. Mos. et R. XI. 7. und Schulting's Noten zu dieser Stelle. Diese Strafe wurde aber später allgemein aufgehoben. L. un. C. de gladiator. (11. 43.) Vgl. auch Pet. Faber, semestr. lib. II. cap. 11; Boehmer l. c. §. 48; Püttmann l. c. p. 196 sq. Die Hehler traf temporäre Relegation. L. 3. §. 3. D. l. c.

112) L. 1. §. 3. D. l. c.

Badenden. Als Strafe war nur ein Maximum bestimmt: zeitige öffentliche Arbeiten [113]).

c) Furtum nocturnum. Hier galt dasselbe, wie beim Badediebstahl [114]).

d) Sacculariі, wohl Taschendiebe [115]). Die Strafe war lebenslängliche oder zeitige öffentliche Arbeiten oder fustium castigatio, bei honestiores Relegation oder ab ordine motio [116]).

e) Effractores, diejenigen, welche eine Entwendung durch Einbruch (in ein Gebäude oder sonstigen ummauerten ꝛc. Ort) oder durch Aufbruch eines Behälters und dergl. begehen. Ihre Strafe war dieselbe, wie die der saccularii; Entwendung durch Einbruch bei Nacht wurde gewöhnlich mit körperlicher Züchtigung und Bergwerksarbeit bestraft [117]).

f) Auch die bewaffnete Entwendung scheint allgemein härter bestraft worden zu sein, besonders wenn der Fur sich zur Wehre setzte [118]).

Die Auszeichnung dieser einzelnen Fälle durch die Möglichkeit einer Anklage auf öffentliche Strafe wurde bald verallgemeinert. Denn es wurde zunächst bei allen bösartigeren und gefährlicheren Entwendern (fures atrociores) überhaupt, die man durch expilatores bezeichnete [119]), Anklage auf öffentliche Strafe (die Strafe war

---

113) L. 1. D. de furib. baln. (47. 17.) Vgl. auch L. 3. §. 5. D. de off. praef. vig. (1. 15.)

114) L. 1. D. de fur. baln.

115) Qui vetitas in sacculo artes exercentes partem subducunt, partem subtrahunt. L. 7. D. de extraord. crim. (47. 11.) Manche beziehen das subducere auf artes magicas; so Cuiacius, obs. X. 27. In einem sehr weiten, auch manche Arten von Betrug begreifenden Sinne scheint das Wort zu nehmen Sam. Stryck, exercit. iur. de saccular. et directar. ad L. 7. de extraord. crim. (1667, 4.) p. 14 sq. 20 sq.

116) L. 7. cit. u. L. 1. §. 2. D. de effractor. (47. 18.)

117) L. 3. §. 1. 2. D. de off. praef. vig. (1. 15.) L. 1. §. 2. L. 2. D. de effractor. (47. 18.) L. 1. D. de fur. baln. (47. 17.) Die effractores sollen auch durch vecticularii (ein Ausdruck, der im Corp. iur. nicht vorkommt) bezeichnet worden sein. (Vecticularia vita dicitur eorum, qui vectibus parietes alienos perfodiunt furandi causa. Festus.) Manche wollen das Verbrechen der effractores unter die rapina stellen. Allein sogenannte Gewalt an Sachen begründet nicht die zur rapina nöthige vis. Ebenso ist auch die Ansicht von Luden, über den Versuch d. Verbr., S. 194, unrichtig, daß die effractores, wenn sie wirklich einbrechen, ein crimen vis begehen (vergl. meine Abhandlungen im neuen Archiv des Crim.-R. Bd. 11, S. 635 flg.). Würde übrigens eine solche sogen. Gewalt an Sachen crimen vis begründen, so müßte auch in dem Falle, wenn Jemand „an einem Hause brach, aber nicht einbrach," vis vorhanden sein, in welchem Luden das cr. vis doch ausschließen will. — Ueber den Conat s. Note 187.

118) L. 1. D. de fur. baln., vergl. mit Nov. 134. c. 13. Auch fiel das Furtum mit Waffen unter die l. Cornel. de sicar. s. unten Note 184.

119) L. 1. §. 1. D. de effractorib.: Expilatores, qui sunt atrociores fures, hoc enim est expilatores etc. (So nach der gewöhnlichen Lesart. Nach Manchen fiel hier ein griechisches Wort aus, und wurde von den Abschreibern durch [das zweite] expilatores ersetzt. Deßhalb lesen sie hier: hoc est λωποδύται; Andere setzen ein anderes griechisches Wort. Vgl. Augustinus, emendat. IV. 16. in Otto, thes. T. IV. p. 1553.) Ungeachtet dieser bestimmten Erklärung

in der Regel zeitige, höchstens lebenslängliche öffentliche Arbeit, bei honestiores Relegation oder ab ordine motio) für zulässig erklärt [120]) und am Ende scheint es zur Regel geworden zu sein, daß überhaupt wegen Furtums Criminalanklage erhoben werden konnte [121]). So unterschieden sich dann die Fälle, welche als cr. extraordinaria besonders herausgehoben wurden (lit. a—f), von den übrigen Fällen des Furtum in der Regel blos noch darin, daß bei ihnen, als den schwereren

---

der Quellen wollen doch Manche den Begriff der expilatores auf gewisse Arten der fures actrociores beschränken; so z. B. Cuiacius, obs. XV. 31. (auch Hefftter, Lehrbuch, 2. Ausg., §. 501, Note 1), und wieder anders Erhard, de furti not. p. 42 (vergl. Dens. p. 40); Luden, D. de furti not. p. 35, glaubt gar, wie auch schon einige Aeltere, die Verüber des crimen expilatae hereditatis seien damit gemeint, und auch Martin, Lehrbuch, 2. Ausg., §. 161, Note 3, 5, scheint dieser Ansicht zu sein. — Wenn Erhard l. c. p. 47, behauptet, die abigei, expilatores etc. gehören eigentlich mehr zu den raptores, als zu den fures, so ist nur so viel richtig, daß unter diesen Benennungen auch Fälle der rapina begriffen waren (namentlich unter dem Abigeat), gerade wie unter dem Furtum überhaupt.

120) L. 1. §. 1. 2. D. de effractor.

121) L. 92. L. 15. D. h. t. L. 3. §. 1. D. de off. praef. vig. Nov. 134. 13. Ob es zur unbedingten Regel wurde, und ob und wie weit Ausnahmen (außer den bei Note 158 — 169 angef. Fällen) galten, dieß wird sich bei der Dürftigkeit unserer Quellen nicht bestimmt entscheiden lassen. Dagegen, daß wegen jedes Furtums Criminalanklage erhoben werden konnte, scheinen zu sprechen: L. 56. §. 1. D. h. t. u. L. 2. de fur. baln. (Si interdiu furtum fecerunt, ad ius ordinarium remittendi sunt, und nicht extra ordinem audiendi, vergl. L. 1. eod.) Die Erklärung, welche Dollmann S. 53 gibt, hebt die Schwierigkeit nicht (extra ord. audire heiße hier: außer der Reihe vornehmen, und ius ordinarium: den gewöhnlichen Gang der crimina extraord. einhalten). Denn gegen diese Erklärung ist der Sprachgebrauch unserer Quellen, sowohl in Beziehung auf das extra ord. aud. als auf das ius ordinarium. Letzteres heißt hier entschieden das Civilverfahren L. 3. D. de priv. del. (47. 1.) L. 3. D. expil. her. (47. 19.) Auch enthält die L. 3. §. 2. D. de bon. eor. (48. 21.) nicht, wie Dollmann meint (den gleichen Grund führt übrigens auch schon Matthäus als schlagenden Beweis an), einen „schlagenden Beweis dafür, daß das Furtum schlechthin crimen extraord. sei." Denn das furtum modicum jener Stelle könnte auch ein f. noctornum sein, und überhaupt kann ja furti modici reus auch ein mit Unrecht Angeklagter sein. Von der anderen Seite kann die L. 2. D. de fur. baln. doch unmöglich sagen sollen, daß man mit den Tagdieben stets auf den Civilweg zu verweisen sei; vergl. L. 92. de furt. Ebenso ist es gewiß richtig, wenn Dollmann sich entschieden gegen die Ansicht derjenigen erklärt, welche glauben, nur in den oben angeführten, im röm. Rechte als crimina extraord. besonders ausgehobenen Fällen sei Criminalanklage zulässig gewesen. Es scheint vielmehr in den übrigen Fällen im Ermessen des Richters gelegen gewesen zu sein, ob er Criminalanklage zugeben wollte (vergl. L. 56. §. 1. de furt.). Dieß scheint nun auch die Ansicht Roßhirt's (Gesch. und System d. Strafr., Bd. 2, S. 289) zu sein. Aehnliches, oder daß wenigstens beim furtum rei minimae Criminalanklage ausgeschlossen gewesen sei, nahmen manche Aeltere an (vergl. z. B. Huber, prael. ad inst. h. t. §. 5). Dagegen sind viele Andere der Ansicht, daß wegen jedes Furtums unbedingt Criminalanklage zulässig gewesen sei; z. B. Matthaeus, de crim. ad L. XLVII. tit. I. cap. 2. §. 4; Bynkershoeck, obs. III. 16; Dollmann, S. 54 (dessen Behauptung S. 55 bei Note 131 aber hier-

Fällen, wenn accusirt wurde [122]), eine höhere öffentliche Strafe eintrat. Nur sollte nach einer Verordnung Justinian's wegen unbewaffneten Furtums niemals Todes- oder verstümmelnde Strafe eintreten [123]). Auch trat sogar beim Furtum ein Einschreiten von Amtswegen ein [124]), wie weit aber, und unter welchen Beschränkungen, ist wohl nicht zu ermitteln [125]).

Ob auf die öffentliche Strafe blos diejenigen, welchen das Recht zur furti actio zustand, klagen konnten oder jeder Bürger Anklage erheben durfte, darüber äußern sich die Quellen nicht. Ersteres wird gewöhnlich behauptet [126]). Allein dagegen und für das Letztere spricht schon der Umstand, daß das Recht zur furti actio sich zum Theil nach solchen privatrechtlichen Gesichtspunkten bestimmte, die für das Recht zur Criminalanklage kein Moment sein könnten (vergl. Note 9, 10, 16—18), theils die Zulässigkeit sogar eines Verfahrens von Amtswegen [127]). Dem Verletzten blieb aber jedenfalls die Wahl, ob er das Furtum als crimen extraordinarium oder als delictum privatum behandeln, d. h. auf öffentliche oder Privatstrafe klagen wollte; nur schloß er die eine Klage durch die andere aus [128]), während ihm, wenn von Amtswegen eingeschrit-

---

mit nicht zu vereinigen ist); Schwarze, de crim. rap. p. 27; Zachariä, Lehre vom Versuche ꝛc. S. 150.

122) Manche glauben, daß in den Fällen, welche ausdrücklich als crimen extraord. fur. vorgehoben werden, blos die Criminalanklage und gar nicht die Civilklage zulässig gewesen sei; z. B. Dollmann, S. 54. Allein dafür finden sich in den Quellen keine Andeutungen, und man kann unmöglich annehmen, daß gegen alle fures atrociores (L. 1. §. 1. D. de effractor.) die Klage auf das Duplum oder Quadruplum ausgeschlossen gewesen sei, selbst wenn man nicht einmal bedenkt, daß sie unzweifelhaft gegen Räuber zulässig war.

123) Nov. 134. c. 13. Dieß war übrigens auch schon das Recht, das zur Zeit der Pandektenschriftsteller galt. Nirgends führen sie beim unbewaffneten Furtum als Strafe die Todesstrafe an. Aber unter den späteren Imperatoren mochte sich wohl die Praxis verschärft haben.

124) L. 13. pr. D. de offic. praes. (1. 18.), vergl. mit L. 7. C. de accusat. (9. 2.) L. 3. §. 1. D. de off. praef. vig. (1. 15.) Biener, Beiträge zur Gesch. des Inquis.-Proz., S. 10 flg.

125) Roßhirt (Geschichte ꝛc., Bd. 2, S. 189) glaubt blos bei den oben von Note 108—119 angegebenen gefährlichen Subjecten.

126) Unter den Neueren, z. B. von Birnbaum, neues Archiv des Crim.-Rechtes, Bd. 8, S. 648 flg.; Dollmann, S. 54.; Heffter, Lehrb. §. 578; Zachariä, Lehre vom Versuch ꝛc., S. 150; Roßhirt, Gesch. und System d. Strafr., Bd. 2, S. 298. Der Letztere nimmt (wie auch Heffter) nur Fälle, wie das crim. expil. hered., sepulcri viol. aus. Gerade aber beim crim. expil. hered., meint Birnbaum, sei es außer Zweifel, daß nicht Jeder habe anklagen können, wegen L. 3. D. exp. hered. (47. 19.) Allein diese Stelle beweist in der That nichts für Birnbaum's Behauptung. Früher scheint Roßhirt weiter gegangen zu sein. Vgl. Dessen Entwickelung ꝛc. S. 115.

127) Vgl. Note 124. Auch L. 9. §. 5. D. de publican. (34. 4.), und de Savigny, D. de concursu delictor. p. 114 sq. Zwar spricht die L. 7. D. de incend. (47. 9.) zunächst nur von his, qui res suas subreptas queruntur. Allein gerade der dort behandelte Fall ist ein solcher, in welchem unzweifelhaft Einschreiten von Amtswegen zulässig war.

128) L. 56. §. 1. L. 92. D. h. t. Aeltere, von der Glosse an, meinten, der Verletzte habe auf öffentliche und Privatstrafe klagen können. Dagegen s.

ten wurde, oder ein Dritter auf öffentliche Strafe geklagt hatte, dadurch das Recht auf die Privatstrafe nicht entzogen wurde (vergl. Note 122).

Endlich gab es einige Fälle, in welchen ein Furtum ein crimen ordinarium bildete. Außer gewissen furta von Beamten, die unter das crimen repetundarum und de residuis fallen [129]), und dem bei Note 184 angeführten Furtum mit Waffen, gehört hierher der Peculat [130]). Die lex Iulia peculatus umfaßte theils ursprünglich, theils in Folge späterer Erweiterungen eigentliche Furta (Furtum an pecunia publica und pecunia civitatum) [131]); ferner Fälle, welche nur vergleichungsweise, in einem uneigentlichen Sinne furta genannt werden konnten und wurden (Furtum an einer res sacra und religiosa), endlich noch eine Reihe von Vergehen (zum Theil polizeilichen), die auch nicht einmal vergleichungsweise furta genannt werden konnten [132]). Die letzteren aber wurden zum crimen peculatus nicht gezählt [133]), und sind hier zu übergehen. Peculat war vielmehr blos Furtum an Staats- und Communaleigenthum oder einer der Gottheit geweihten oder zu Grabstätten gehörigen [134]) Sache, verübt von einem Solchen, der nicht in einem Ver-

---

schon Matthaeus l. c. cap. 4. §. 3. Bachov., Disp. ad Treutler. vol. II. disp. XXX. p. 1081 sq.

129) Ich übergehe hier diese Fälle, da die Amtsverbrechen schon in einem anderen Artikel dargestellt wurden.

130) D. tit. ad l. Iul. peculat. (48. 13.) §. 9. J. de publ. iud. (4. 18.) F. S. Hahn, D. de crim. peculatus ad concilianda.. resp. Marciani et Papin. in L. 4. §. ult. ad l. Iul. pec. et L. 81. de furt. Heid. 1812, 4., und beſ. auch Schrader, in ſ. Inſtit.-Ausg. S. 774—777.

131) Ob von Cäſar oder von Auguſt, läßt ſich nicht ermitteln, obwohl Manche das Letztere, Andere das Erſtere entſchieden behaupten. Roßhirt (im neuen Archiv des Cr.-R., Bd. 10, S. 454) ſagt, ſie „trage in der neueſten Geſtalt (?) den Namen von Julius Cäſar" (??).

132) Dieſe Vergehen ſind angeführt in L. 1. D. h. t. L. 8. L. 9. §. 5: neve quis in auram. etc. (vergl. L. 52. §. 24. D. de furt.)

133) L. 9. §. 2. D. ad l. Iul. peculatus etc. (48. 13.) Deßhalb iſt es nicht zu billigen, wenn Heffter (Lehrbuch, 2. Ausg., §. 524) einen ſo weiten Begriff des Peculats aufſtellt, daß auch dieſe Fälle mit begriffen werden, und dann einen „Peculat im eigentlichſten Sinne" (die angef. furta) unterſcheidet. Jener Begriff müßte auch nochdazu wegen der ſo heterogenen Natur jener Fälle entweder ſo allgemein werden, daß er unrichtig wird, oder man müßte in ihn (wohin auch Heffter a. a. O. kommt) jene heterogenen Fälle einzeln aufnehmen, wogegen aber ſpricht, daß eben jene Fälle nicht peculatus von den Quellen genannt werden. — Mittermaier (zu Feuerbach, §. 342, Note 1) ſagt, im weiteren Sinne ſei Peculat „Verletzung des öffentlichen Eigenthums". Aber in einem ſo weiten Sinne nehmen die Quellen ganz entſchieden das Wort nicht. Eben ſo wenig umfaßte Peculat „jedes rechtswidrige Anſichziehen öffentlichen Vermögens", wie Roßhirt (Archiv, Bd. 10, S. 456) und nach ihm Mittermaier (a. a. O. zu §. 481) behaupten. Dieſer Begriff iſt zu eng (ſ. z. B. Note 140) und zu weit, denn das crimen residui, das auch Feuerbach (§. 342) zum Peculat zählt, gehörte wenigſtens von der lex Iulia an nicht zu demſelben.

134) Natürlich kann man bei einer res sacra und religiosa nicht eigentlich von Furtum ſprechen, da dieſe Sachen in Niemandes Eigenthum ſind. Allein die Quellen ſprechen hier, wie auch ſonſt bisweilen (z. B. L. 67. §. 2. D. de furt.; mein Lehrbuch, Bd. 2, S. 277; ferner L. 1. §. 14—17. D. si is, qui

hältniſſe ſteht, vermöge deſſen er für dieſe Sachen zu haften hätte [135]). Es gehört ſomit zum Thatbeſtande des Verbrechens:

1) als möglicher Gegenſtand,

a) pecunia publica, d. h. bewegliche, zum Staatsvermögen gehörige Sachen [136]), oder

b) pecunia civitatum, d. h. Sachen, welche im Eigenthume einer Commun ſind [137]);

---

test. liber. [47. 4.], u. L. 12. C. ex quib. caus. inf. [2. 12.]), uneigentlich von furtum und furari (Note 135), blos um die Sache und den nöthigen Thatbeſtand kurz zu bezeichnen, d. h. es gehört hierher diejenige Handlung an einer res sacra und religiosa, welche, an anderen Sachen begangen, furtum ſein würde. Vgl. Note 138, 139, 140. Manche laſſen die res sacra und religiosa aus dem Begriffe des Peculats weg. Allerdings muß man in einem engeren Sinne Peculat im Gegenſatze zum sacrilegium unterſcheiden (Note 139). Allein das sacrilegium umfaßte nicht jedes rei sacrae furtum und nicht das furt. rei relig. Will man daher auch im engeren Sinne von dem Peculat des sacrilegium trennen, ſo wird der Begriff doch zu eng, wenn man ihn blos auf pecunia publica und civitatis beſchränkt. Ueber Heffter's Anſicht ſ. Note 138, 140.

135) L. 9. §. 2. D. h. t.: Labeo.. peculatum definit, pecuniae publicae aut sacrae furtum, non ab eo factum, cuius periculo fuit. §. 9. J. de publ. iud. (4. 18.): Lex Iulia peculatus eos punit, qui pecuniam vel rem publicam vel sacram vel religiosam furati fuerint. — Roßhirt (Geſch. und Syſtem d. Strafr., Bd. 2, S. 193) ſagt: Man thut ſehr Unrecht, wenn man das crimen pecul. als ein furtum pecuniae publicae, sacrae, relig. darſtellt, ſo ferne man den neueren (?) engeren Begriff vom Furtum in der Definition von Paulus darauf anwenden will. Anders iſt es, wenn man von der alten Bedeutung des Wortes furtim ausgeht, wie es in den 12 Tafeln vorkam (?), und wo dann jedes fraudulose Umgehen mit fremdem Vermögen darunter verſtanden wird. In dieſer allgemeinen Richtung... iſt der Begriff von pec. zu ſtellen, der ein diebiſches und betrügeriſches (?) Umgehen mit pecunia sacra, rel. et publ. bedeutet. — Juſtinian ſogut wie Labeo ſtellen den Peculat als furtum dar (vergl. auch L. 4. §. 7. D. h. t. u. Schrader l. c. p. 775), und Paulus, der uns Labeo's Definition gibt, mißbilligt ſie nicht. Auch wird ſich nicht nachweiſen, noch irgend wahrſcheinlich machen laſſen, daß Labeo und Sabinus (Gellius, XI. 18.) von einem weiteren Begriffe des Furtum ausgingen, als Cajus und Paulus, außer Sabinus in Beziehung auf das Furtum an Immobilien. Ueber Labeo vergl. in dieſer Hinſicht L. 25. §. 1. D. de furt. Uebrigens wird der Thatbeſtand des Peculats in den Quellen, außer durch den allgemeinen Ausdruck furtum, furari und subripere, noch ſpeciell bezeichnet durch auferre, intercipere und in rem suam vertere (L. 1. L. 4. pr. D. ad l. Iul. pec.), Ausdrücken, welche keineswegs, wie Roßhirt zu glauben ſcheint, über den Pauliniſchen Begriff von Furtum hinausgehen. Vgl. auch Note 141. Roßhirt, im neuen Archiv, Bd. 10, S. 456 flg.

136) L. 1. L. 6. §. 1. L. 9. §. 2. D. ad l. Iul. pec. §. 9. J. de publ. iud. Ueber pecunia ſ. L. 178. pr. L. 222. D. de V. S., und über die publica pecunia L. 15—17. eod. Uebrigens gehörte hierher auch der Fall: Si quis, quod fisco debetur, simulans se fisci creditorem, accepit quamvis privatam pecuniam abstulerit. L. 9. §. 3. D. h. t., vergl. auch L. 12. eod.

137) Nach der lex Iulia war dieſer Fall unter dem Peculat nicht begriffen, da dieſe blos von pec. publica (Staatseigenthum, L. 15. 16. de V. S.), sacra und relig. ſprach. Vgl. auch L. 31. §. 1. D. de furt. (eine Aeußerung Labeo's). Erſt durch Verordnungen von Trajan und Hadrian wurde auch

c) res sacrae, d. h. res, quae rite Deo consecratae sunt, alſo was zum Tempel und zum Gottesdienſte gehört, und auch dona, quae rite ad ministerium Dei dedicata sunt[138]). Gehörten ſolche res sacrae zu den sacra publica, ſo bildete die Entwendung derſelben, wenn ſie aus geweihten Orten geſchah, das beſondere crimen sacrilegii, eine Unterart des Peculats[139]).

---

das Furtum an res civitatis für Peculat erklärt. L. 4. §. 7. D. h. t. (in welcher Stelle Marcian beifügt: et hoc iure utimur.). Das Gegentheil ſcheint aber eine Stelle aus Papinian (etwas, aber nicht viel, älter als Marcian) zu ſagen, die L. 81. D. de furt.: Ob pecuniam civitati subtractam, actione furti, non crimine peculatus tenetur. Es wurden hier ſchon eine Menge Vereinigungs- und Emendationsverſuche gemacht, welche Schulting, notae ad Dig. ed. Smallenburg, T. VII. P. 1. ad L. 81. u. L. 4. §. 7. cit. anführt, und Hahn, l. not. 123. cit. p. 19—44, widerlegt. Dollmann, S. 58, und einige andere Neuere wollen, wie ſchon einige Aeltere, dadurch vereinigen, daß Papinian nur vom älteren Rechte ſpreche. Allein weit mehr für ſich hat die Anſicht Hahn's, welcher l. c. p. 44 sq. auf die L. 81, in der, was Dollmann überſehen zu haben ſcheint, gar kein Subject genannt iſt, das in der vorhergehenden Stelle genannte Subject (procurator) bezieht, und annimmt, die L. 81 ſpreche von einem proc. civitatis, ſo daß ſie dann nur den bei Note 141 angef. Grundſatz ausſprechen würde.

138) L. 1. L. 4. pr. §. 1. L. 10. §. 1. D. ad l. Iul. pec. §. 9. J. de publ. iud., vergl. mit §. 8. J. de R. D. (2. 1.) Hefftter (Lehrbuch, 2. Ausg., §. 524) verſteht unter pecunia sacra „Eigenthum der Staatskirche (res ecclesiasticas), nicht res sacrae im eigentlichſten Sinne, woran ein sacrilegium begangen werde, ein vom Peculat verſchiedenes Verbrechen; unter dieſen fallen aber (fügt H. bei) z. B. Weihgeſchenke L. 4. §. 1. h. t." Allein 1) nicht jedes furtum rei sacrae iſt sacrilegium, namentlich nicht, wie Hefftter ſelbſt §. 504 annimmt, das furtum rei sacrae ex loco profano; 2) wenn gleich das compilare publica sacra das crimen sacrilegii bildet, ſo kann dieſes crimen doch ein Fall des Peculats ſein; 3) die lex Iulia pec. führt unter den Gegenſtänden des Peculats überhaupt und ohne Beſchränkung die pecunia sacra an (L. 1. h. t., welche ohne Zweifel Worte der lex ſelbſt gibt), und zu ihrer Zeit hat man gewiß unter dieſem Ausdrucke nur die eigentlichen res sacrae begriffen; 4) Juſtinian bezeichnet als Object des Peculats pecuniam vel rem ... sacram vel religiosam (§. 9. J. de publ. iud.), und hier kann man unter res sacra doch nur das verſtehen, was er ſelbſt in den Inſtitut. als res sacra bezeichnet; 5) das donatum Deo immortali (L. 4. §. 1. h. t.) gehörte zu den res sacrae, §. 8. J. de R. D. L. 21. init. C. de sacros. eccles. (1. 2.), und die Entwendung deſſelben wird nicht blos zum Peculat, ſondern ausdrücklich auch zum sacrilegium gezählt. L. 6. pr. h. t. (verb. et dona Dei tulerunt etc.)

139) Ausgeſchloſſen vom eigentlichen sacrilegium iſt a) Entwendung an sacra privata L. 9. §. 1. D. ad l. Iul. pec.; b) Entwendung einer res profana ex loco sacro; L. 5. eod. Dieſer Fall gehört auch gar nicht zum Peculat. c) Entwendung einer res sacra ex loco profano. L. 9. §. 1. L. 11. §. 1. eod., vergl. mit L. 16. §. 4. D. de poen. (48. 19.) Bynkershoeck, obs. I. 8. Hefftter, Lehrbuch, 2. Ausg., §. 504. Das Letztere (c) iſt aber beſtritten, indem Manche dieſen Fall zum römiſchen sacrilegium zählen; z. B. Cuiacius, obs. XIII. 19. In einem weiteren, nicht hierher gehörigen Sinne nahm das ſpätere röm. Recht sacrilegium für Verletzungen der in Beziehung auf Staatsreligion obliegenden Verbindlichkeiten, und brachte ſelbſt manche Handlungen in Beziehung auf den Imperator unter das sacrilegium.

d) Res religiosae im eigentlichen röm. Sinne, d. h. Sachen, welche zu Grabstätten gehören[140]).

2) In Hinsicht auf den Thäter ist erforderlich, daß er nicht in einem solchen Verhältnisse steht, vermöge dessen er für die Sache zu haften hat[141]).

3) Im Uebrigen gehören zum Peculate alle Requisite des Furtum[142]); nur daß hier, als bei einem crimen ordinarium, auch der Conat bestraft wurde[143]).

Welche Strafe die lex Julia für den Peculat festsetzte, ist ungewiß. Gewöhnlich nimmt man an aquae et ignis interdictio. Allein es dürfte

---

140) L. 1. L. 4. pr. D. h. t. §. 9. J. de publ. iud. Vgl. Note 134. Auch hier (vergl. Note 138) sagt Hefftter (Lehrbuch, 2. Ausg., §. 524, Note 3), daß „unter pecunia religiosa schwerlich an den alten Begriff der res religiosa zu denken sei (s. auch L. 4. §. 1. h. t.), sondern im Sinne des neueren röm. Rechtes an Alles, was den zur publica religio gehörigen Anstalten gehöre," und versteht deßhalb unter pecun. relig. Eigenthum einer zu der Staatskirche gehörigen kirchlichen Anstalt. Allein es wird sehr zu bezweifeln sein, daß selbst im späteren röm. Rechte res und pecun. religiosa in diesem Sinne gebraucht wurde; außerdem sprechen gegen jene Ansicht die in Note 138 unter 3 (die lex Iulia spricht von pec. sacra und religiosa) und 4 angeführten Gründe. Auch beweist gerade die L. 4. §. 6. h. t. augenscheinlich, daß die Römer hier wirklich die res religiosae im Sinne hatten. — Schrader (in s. Instit.-Ausg., S. 775) meint, religiosa res bedeute hier dasselbe, was sacra res, sei also ein bloßer Pleonasmus, „ad sepulcra enim, quae est strictior religiosi significatio, sacrilegium pertinuisse non videtur." Das Letztere ist richtig; Entwendung an der res religiosa war kein sacrilegium (das Gegentheil nahm unrichtig Matthaeus, de crim. XLVII. 10. cap. 3. §. 1, und Boehmer, ius. eccl. prot. lib. V. tit. 17. §. 22, an; die L. 3. de sep. viol. sagt gerade, daß hier kein sacrilegium vorliege); daraus folgt aber nicht, daß sie kein Peculat war. Von der sepulcri violatio unterscheidet sich der Peculat an der res relig., abgesehen von der theilweisen Verschiedenheit des Objectes und der Handlung (in Beziehung auf welche die sep. viol. viel weiter ist), durch das Requisit des animus furandi. Jeder Peculat an einer res. relig. enthielt zugleich eine sep. violatio, aber nicht umgekehrt.

141) L. 9. §. 2. 4. D. ad l. Iul. pec. Dieses Requisit erkennen beinahe alle Criminalisten an. Unter den Neueren vergl. Feuerbach, Lehrb. §. 342; Martin, Lehrb. §. 160; Hefftter, Lehrb. §. 525; Mittermaier zu Feuerbach §. 342, Note 1; Zachariä, Lehre vom Versuche, Bd. 1, S. 155. Deßhalb begeht der Beamte, welcher die ihm anvertrauten Staatsgelder unterschlägt, keinen Peculat. And. Mein. ist Roßhirt, neues Archiv, Bd. 10, S. 458 flg., und Gesch. und Syst. d. Strafr., Bd. 2, S. 191, 196, 199, gegen dessen Ausführung aber die L. 9. §. 2. cit. spricht, welche auf die von Roßhirt (Archiv, Bd. 10, S. 457) versuchte Weise unmöglich ausgelegt werden kann. Auch ist das in rem suam vertere (L. 1. h. t.) nicht, wie Roßhirt (Gesch., Bd. 2, S. 194) annimmt, nur auf den Verwalter anwendbar. Vgl. Roßhirt, Archiv, Bd. 10, S. 466 unten. Der Ausdruck: cuius periculo res est, ist aber entschieden nicht allein auf das Tragen des Zufalles zu beziehen, sondern in dem Sinne zu nehmen, in welchem es in L. 14. §. 16. D. de furtis genommen ist. Dieses scheint auch Brackenhöft in Roßhirt's Zeitschrift, Bd. 3, S. 107, 121 flg., bei seiner eigenthümlichen, aber wohl unrichtigen, Ansicht über Peculat unter Anderem nicht gehörig beachtet zu haben.

142) S. Note 134, 135.

143) L. 10. §. 1. L. 11. pr. h. t.

sich sehr fragen, ob nicht die poena quadrupli die regelmäßige Strafe der lex war, und die aquae et ignis interdictio nur für einzelne schwerere Fälle, z. B. das sacrilegium, in der lex festgesetzt war [144]). Später wurde Deportation die regelmäßige Strafe, und bei humiliores, wie es scheint, statt derselben Bergwerksarbeit [145]), so jedoch, daß immer noch in einigen Fällen die poena quadrupli eintrat [146]). Härtere Strafe konnte beim sacrilegium erkannt werden und wurde auch gewöhnlich erkannt [147]), und ebenso sollten rectores provinciarum [148]), welche öffentliches Gut sich aneigneten, mit dem Tode bestraft werden [149]).

Endlich ist hier noch eine Reihe von Fällen zu erwähnen, welche mit dem Furtum in genauer Verbindung stehen. Es gab nämlich nach römischem Rechte wahre Furta, bei welchen aber eine Strafe des Thäters aus besonderen Gründen ausgeschlossen war; von der anderen Seite Entwendungen, welche als Furtum theils nicht bestraft werden konnten, theils nicht bestraft wurden, und daher auch nicht die furti actio erzeugten, aber doch öffentliche Strafe nach sich zogen.

I. Furta, bei welchen aus besonderen Gründen die Bestrafung der Thäter ausgeschlossen war. Hierher gehört:

1) Furtum zwischen Ehegatten. Die Entwendung ist hier zwar wahres Furtum [150]); allein in honorem matrimonii ist bei Entwendun-

---

144) Vgl. außer L. 6. §. 2. L. 11. pr. L. 13. h. t. besonders Paulus, rec. sent. V. 27. u. C. Theod. IX. 28. L. 1. init. Auch sagt keine Stelle, daß die Strafe der lex die aq. et ign. interd. gewesen sei. Nur bei der im Texte von mir gesetzten Annahme dürften sich die oben angef. Stellen gehörig erklären lassen. Auch die L. 13. h. t. wird nicht blos, wie Viele annehmen, auf die ablata pecunia, sondern (wofür auch Matthäus ist) namentlich auf diese p. quadrupli gehen. Cujacius (ad Paul. l. c.) glaubt sogar, die poena quadrupli sei die ausschließliche Strafe der lex gewesen.

145) L. 3. L. 6. §. 2. ad l. Iul. pec.

146) Z. B. bei dem, welcher praedam ab hostibus captam subripit. L. 13. eod. Matthäus (de crim. XLVII. 10. cap. 2. §. 3) meint sogar, die Strafe des Vierfachen habe allgemein mit der anderen Strafe concurrirt, freilich ohne dieß näher zu begründen.

147) Die Strafe des sacril. setzten kaiserliche Verfügungen in das Ermessen des Richters; es wurde aber in geringern Fällen gewöhnlich auf poen. metalli oder Deportation, in schwereren auf Todesstrafe, und zwar meist auf qualificirte, erkannt. L. 4. §. 2. L. 6. pr. L. 9. pr. L. 10. §. 1. D. h. t.

148) Dieß verstehen die in der Note 149 angef. Stellen unter iudices. Schrader, Inst. p. 776.

149) L. un. C. de crim. pec. (9. 28.) Nach der früher gewöhnlichen Ansicht soll diese Stelle gar nicht vom Peculat, sondern vom crim. de residuis sprechen (s. die in meinem Lehrb., Bd. 2, S. 448, oben angef. Stellen). Allein dieß ist unrichtig; s. die Stelle selbst; ferner §. 9. J. de publ. iud. (6. 18.), und bes. L. 1. Theod. Cod. IX. 28: Qui peculatu provincias quassavissent; auch können die rectores wohl pecunias publ. subtrahere, für die sie nicht an sich verantwortlich sind. Unter den Neueren beziehen diese Stelle jetzt die Meisten auf den Peculat, namentlich Roßhirt, Martin, Heffter, und auch Feuerbach in den späteren Ausgaben seines Lehrbuchs §. 479a, Note b. Ueber die Strafe vergl. J. l. c. u. L. 5. Theod. C. IX. 27.

150) Ein Theil der römischen Juristen wollte dieß mit Unrecht leugnen. L. 1. D. rer. amotar. (25. 2.) (von Paulus).. quibusdam existimantibus, ne

gen, welche zwiſchen ihnen während oder vor der Ehe (Note 154) vorfielen, oder die ein Gatte am Erblaſſer des anderen Gatten begangen hatte, ſowohl die actio furti [151]), als eine accusatio [152]) unzuläſſig [153]); nur ſachverfolgende Rechtsmittel, aber unter dieſen in der Regel ſelbſt nicht einmal die condictio furtiva [154]), ſind geſtattet [155]). Jenes gilt auch von ſolchen Fällen furtiver Contrectationen, welche beſondere crimina extraordinaria bilden (Note 152), ferner wenn bei einer von einem Dritten am Gatten verübten Entwendung der andere Gatte Hülfe leiſtet oder Miturheber iſt [156]). Gegen den Dritten dagegen, welcher, wenn ein Gatte entwendet, Miturheber iſt oder Hilfe leiſtet, finden alle Strafrechtsmittel aus dem Furtum ſtatt [157]).

2) Furtum der Eltern an den Kindern. Die Kinder konnten hier weder furti klagen noch accuſiren, da ihnen die den Eltern ſchuldige Ehrfurcht das Recht zur Anſtellung einer infamirenden Klage und einer Criminalklage gegen die Eltern entzieht [158]). Bei der väterlichen Gewalt trat in Beziehung auf Privatſtrafen und ſachverfolgende Klagen noch das beſondere Hinderniß ein, daß wegen der Vermögensverhältniſſe zwiſchen Hausvater und Hauskind ſolche Klagen unzuläſſig waren. Entwendet aber der Hausvater dem Hauskinde aus dem castrense oder einem dieſem gleichſtehenden Peculium: non tantum furtum faciet filio, sed etiam furti tenebitur [159]). Unter der furti actio kann

---

quidem furtum eam (uxorem) facere, ut Nerva, Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret; aliis, ut Sabino et Proculo, furto quidem eam facere, sicuti filia patri faciat; sed furti non esse actionem constituto iure; in qua sententia et Iulianus rectissime est. L. 29. eod.: Veritate furtum est; .. quare nec a b. f. possessore ita res amotae usucapiuntur. L. 15. §. 1. eod.

151) L. 1. 2. L. 3. §. 2. D. l. c. Entwendet aber der Gatte dem anderen Gatten die Sache eines Dritten (z. B. eine dem Gatten geliehene Sache), oder entwendet er einem Dritten, der nach den obigen Grundſätzen (Note 16 flg.) die Rechtsmittel aus dem Furtum hat, eine dem anderen Gatten gehörige Sache, ſo kann der Dritte gegen den entwendenden Gatten allerdings furti agere. L. 28. eod. u. L. 22. §. 4. C. de furt. (6. 2.)

152) Arg. L. 5. D. exp. hered. (47. 19.) L. 5. C. exp. hered. (3. 32.) L. 17. C. de furt. (6. 20.) Ueberhaupt ſpricht hiefür derſelbe Grund, aus welchem die furti actio ausgeſchloſſen iſt. Anderer Meinung iſt Klien, S. 377.

153) Natürlich mußte die Ehe eine giltige ſein. L. 17. D. rer. amotar. Aber auch die Erben des beſtohlenen Gatten konnten nicht furti klagen. L. 6. §. 3. L. 21. §. 5. eod. und Note 152.

154) Dieſe war zuläſſig, wenn die Entwendung vor Eingehung der Ehe oder am Erblaſſer des Gatten begangen war. L. 3. §. 2. D. eod.

155) L. 6. §. 5. L. 17. §. 2. L. 22. §. 1. L. 24. 25. D. eod. L. 2. C. e. t. (5. 21.) Ueber die rerum amotar. actio ſ. L. 1. 25. 30. D. eod., und über die actio rer. am. utilis L. 21. pr. eod.

156) L. 52. §. 1. 2. D. de furt.

157) L. 36. §. 1. L. 52. pr. §. 1. D. de furt.

158) L. 5. D. de obseq. parentib. praest. (37. 5.) L. 11. §. 1. D. de accusat. (48. 2.) Das Letztere in Hinſicht auf accusatio ſcheint Klien S. 378 überſehen zu haben.

159) L. 52. §. 6. D. de furt.

aber hier wegen des bei Note 158 angeführten Grundſatzes nicht die Strafklage, ſondern blos die condictio furtiva gemeint ſein [160]).

3) Furtum der Hauskinder am Hausvater. Auch bei dieſen gilt der Grundſatz: furtum quidem faciunt, furti autem non tenentur [161]). Es war hier wieder die furti actio und die accusatio ausgeſchloſſen. Juſtinian führt als Grund an, quia nec ex alia ulla causa potest inter eos actio nasci, und ähnlich äußert ſich auch Paulus [162]). Allein dadurch wäre weder die accusatio, noch die furti actio gegen den filius familias miles ausgeſchloſſen geweſen. Der Hauptgrund lag wohl vielmehr im Haus- und Züchtigungsrechte des Hausvaters, und deshalb ſagt Ulpian: neque enim, qui potest in furem statuere, necesse habet, adversus furem litigare; idcirco nec actio ei a veteribus prodita est [163]). Deßhalb fand hier auch keine accusatio ſtatt [164]), und gegen den Hausſohn, der ein castrense peculium hat, nur eine ſachverfolgende Klage [165]). Sogar gegen die Frau des Sohnes oder Enkels, den der Vater oder Großvater in der Gewalt hat, kann dieſer wegen Entwendungen nicht auf Strafe klagen [166]). — In Beziehung auf Dritte aber, welche Miturheber oder Gehilfen bei einem vom Hauskinde am Vater begangenen Furtum ſind, galt wieder der bei Note 157 angeführte Grundſatz [167]).

4) Furtum domesticum. Unter dieſem verſteht das römiſche Recht Entwendungen, welche der Sclave am Herrn, der Freigelaſſene am Patron, wenn er in deſſen Hauſe lebt, oder der Lohnarbeiter am Dienſt-

---

160) Einige wollen die Stelle von der Strafklage nehmen, die Meiſten aber beziehen ſich auf die ſachverfolgende Klage (Konopak, im neuen Archiv des Cr.-R., Bd. 6, S. 270, auf eine ſachverfolgende actio furti utilis wegen L. 52. §. 5. eod.). Dollmann (S. 47) führt für die Beziehung auf die condict. furt. an L. 14. §. 16. de furt. Noch mehr könnte man dafür anführen die L. 3. §. 2. D. rer. amotar.

161) L. 17. pr. D. de furt. §. 12. J. de obl. quae ex del. Deßhalb war auch die Sache der Uſucapion entzogen. §. 12. eod.

162) J. l. c. L. 16. D. l. c.

163) L. 17. pr. D. l. c. Konopak (a. a. O. S. 267) meint, dieſer Grund entſpreche mehr dem älteren röm. Rechte, als dem neueren, und ſucht (S. 171) den Hauptgrund in der Schonung des Bandes zwiſchen Eltern und Kindern, bei dem unter der Unehre des Kindes auch die Ehre des Vaters leide. Allein was das Erſtere betrifft, ſo wird der Einwand Konopak's ſchon durch L. 3. C. de patr. pot. (8. 47.) u. L. un. C. de emend. propinq. (9. 15.) widerlegt, und was den Konopak'ſchen Grund anbelangt, ſo deuten ihn die Quellen nirgends hier an, und müßten auch weiter gehen, wenn ſie ihn zu Grunde legten.

164) Mit Unrecht iſt anderer Meinung Klien, S. 377. Die L. 3. de patr. pot. ſpricht gar nicht von einer eigentlichen accusatio, ſondern von Ausübung eines hausväterlichen Rechtes.

165) L. 52. §. 5. D. de furt.

166) L. 15. §. 1. L. 16. pr. D. rer. amotar. Hier allein ließe ſich an einen ähnlichen Grund, wie ihn Konopak behauptet, vom Standpunkte des ſpäteren röm. Rechtes aus denken. S. Konopak a. a. O. S. 273.

167) L. 36. §. 1. D. de furt. §. 12. J. de obl. quae ex del. (4. 1.)

herrn, in dessen Brot er steht, begeht[168]). Aus gleichen Gründen, wie in dem unter Nr. 3 angeführten Falle, weil der Verletzte durch andere Mittel sich Genugthuung verschaffen kann, ist hier die Klage auf Privatstrafe unbedingt und die Criminalanklage wenigstens dann ausgeschlossen, wenn das Vergehen minder bedeutend war[169]).

II. Entwendungen, welche völlig den Thatbestand des Furtum haben, aber nicht als Furtum, sondern blos mit öffentlicher Strafe als besonderes crimenextraord. bestraft wurden, weil bei ihnen nach dem früheren Rechte ein wesentliches Requisit des Furtum fehlte.

Dieß sind die Fälle des crimen expilatae hereditatis[170]), d. h. Entwendungen aus einer vom Erben noch nicht in Besitz genommenen Erbschaft[171]), sofern sie nicht von Solchen, welche schon früher eine Erbschaftssache in Händen hatten (z. B. als Commodatare, Pfandgläubiger ꝛc.) an dieser verübt werden[172]). Nach römischem Recht waren solche Entwendungen, obwohl bei ihnen im späteren römischen Recht der volle Thatbestand des Furtum vorhanden ist, doch kein Furtum, und die acto furti fand daher bei ihnen nicht statt[173]). Sie wurden aber extra ordinem von M. Aurelius' Zeiten an mit öffentlicher Strafe, deren Größe dem Ermessen des Richters anheimgestellt war, bestraft, und bildeten das besondere crimen extraordinar. expilatae hereditatis[174]). Alles dieses erklärt sich vollkommen aus Folgendem: Nach dem Tode eines Erblassers konnte bis zu Hadrian's Zeiten jeder Dritte, so lange der Erbe von der Erbschaft noch nicht Besitz ergriffen hatte, nach Belieben zugreifen, Erbschaftssachen an sich nehmen und sie in kurzer Zeit, trotz seiner mala fides, dem Erben abverjähren. Seine Handlung konnte daher kein Furtum sein und nicht bestraft werden, eben weil sie eine

---

168) L. 11. §. 1. D. de poen. (48. 19.) Vgl. auch Chr. Aug. Günther, D. de furto domest. (Lips. 1785, 4.) p. 10 sq.

169) L. 11. §. 1. cit., ferner L. 17. pr. L. 89. D. de furt. Unrichtig sagt Klien (S. 372), daß die Criminalanklage überhaupt bei allen furta dom. ausgeschlossen gewesen sei.

170) D. tit. Expilatae hereditatis (47. 19.) u. C. tit. De crim. exp. hered. (9. 32.) — Ungenügend ist Chr. Frid. Schmid, D. (Praes. A. Kaestner) de crim. expil. hered. Lips. 1746 (16 pp.), 4., und noch mehr Car. Fred. Le Begue, D. de expil. hered. sec. ius Rom. et hod. Gand. 1826 (16 pp.), 4., welche, ohne Versuche einer Erklärung der Natur des Vergehens, blos den Inhalt der Quellen dürftig und nicht ohne grobe Verstöße anführen.

171) L. 2. §. 1. D. h. t.: Ante aditam hereditatem, vel post aditam, antequam res ab herede possessae sint. Die letzteren Worte ließen Manche außer Acht, und nahmen deßhalb ein crim. exp. hered. nur bei noch nicht angetretener Erbschaft an; z. B. Schmid l. c. p. 7; Klien, S. 389, und Mittermaier zu Feuerbach, §. 349, Note 1. Es ist dieß aber ein offenbares Uebersehen. S. auch L. 5. §. 6. D. rer. amotar.

172) Diese Beschränkung lassen die Meisten bei dem Begriffe des cr. exp. her. weg. S. aber L. 68—70. D. de furt.

173) Rei hereditariae furtum non fit. L. 6. L. 2. §. 1. D. h. t. L. 68. L. 14. §. 14. D. de furt. L. 40. D. de noxal. act. (9. 4.)

174) L. 1. 2. D. h. t. Ueber das Maß der Strafe sagen die Quellen nichts.

erlaubte war[175]). Nur wer die Sache schon vorher aus anderen Gründen in seinen Händen (z. B. als Commodatar) hatte, durfte sie sich nicht auf diese Weise zum Zwecke der Usucapion anmaßen. Unterschlug dieser also eine solche Erbschaftssache, so war die Handlung schon nach älterem Rechte ein Furtum, und hatte alle Folgen des Furtum[176]) Hadrian aber beschränkte jene usucapio pro herede lucrativa, und gab dem Erben, wenn er kein necessarius heres war, das Recht, sie zu rescindiren[177]), und so kam man bald darauf, auch das Wegnehmen der Sachen für widerrechtlich und strafbar zu erklären. Dieß geschah, wie es scheint, durch M. Aurelius[178]). Freilich wäre nun

---

175) Caius, comment. II. 52—58, vergl. mit Caius, III. 199. u. L. 83. pr. D. de furt.: Pro herede res appreh.

176) S. Note 172, und v. Savigny, Recht des Besitzes, §. 7, S. 78 der 6. Ausg. Der einzige Grund, aus welchem die expilatio hereditatis kein Furtum war, fiel hier weg: die Erlaubtheit der That. Ebenso konnte, wenn der Possessor z. B. Faustpfandgläubiger oder Detentor einer einem Dritten gehörigen Sache starb, und sie entwendet wurde, der Eigenthümer der Sache wohl furti klagen (nicht aber der Erbe des Gestorbenen). Denn hier gehörte die Sache dem Eigenthume nach nicht zur Erbschaft. L. 14. §. 14. D. de furt.

177) Caius, comm. II. 57. 58.

178) L. 1. D. h. t. Kein Schriftsteller, der vor M. Aurel lebte, erwähnt eines crimen expil. hered. — Auf diese (erst durch Auffindung des veroneſ. Cajus möglich gewordene) Weise erklärte ich den Grundsatz des älteren Rechtes, daß hereditariae rei furtum non fit, und das crim. expil. hered. in meinem Lehrb. Bd. 2, S. 331 flg. Dieselbe Erklärung gab auch später Unterholzner, Verjährungslehre, Bd. 1, S. 216, und Arndts, im rhein. Museum, Bd. 2, S. 132, und ihr traten wohl die meisten Neueren bei, z. B. Hefftter, Lehrbuch, 2. Ausg., §. 514; Abegg, Lehrbuch, §. 370; Mittermaier zu Feuerbach, §. 349, Note 1. Uebrigens gibt schon Cajus selbst beim Furtum (comm. III. 201.) diese Erklärung. Vgl. auch L. 83. pr. de furt. Dagegen glaubt Martin (Lehrb., 2. Ausg., §. 161, Note 1), daß ich (und somit Cajus) bei jener Erklärung „den historisch richtigen Gesichtspunkt völlig verkenne." Er erklärt die Sache, wie auch schon viele Aeltere, namentlich mit Jo. Altamiranus und mit Franc. Ramos (in Meermann. thesaur. tom. II. p. 428, 429. u. tom. VII. p. 102 sq. aus L. 1. §. 15. D. si is qui test. lib. (47. 4.) Allein s. dagegen mein Lehrb. a. a. O. und nun auch besonders Unterholzner a. a. O. S. 214 flg., und Arndts, über d. usuc. pro her., im rhein. Museum, Bd. 2, S. 132, welcher noch richtig bemerkt, „daß der Grund, den Scävola (in der L. 1. §. 15. cit.), wohl von dem Bestreben verleitet, aus dem Begriffe zu entwickeln, was aus äußeren Gründen Rechtssatz geworden war, anführt, unrichtig sei, das zeige fast am Besten die Bemühung von Altamiranus a. a. O., dieser Erklärung alle Stellen anzupassen." Wirklich sind auch die Ausführungen von Altamiranus und Ramos, welche die Sache nicht historisch zu erklären suchen, und das „si nullus sit possessor, furtum fieri negat", auch im neueren Rechte noch als durchaus geltend annehmen, sehr ungenügend und voll der erzwungensten Interpretationen. Das römische Recht gibt ein Furtum an besitzlosen Sachen aufs Entschiedenste zu (oben Note 35; vgl. auch Note 14, 54). Sollte dieß auch erst im späteren röm. Rechte geschehen sein, so wäre es doch, wenn in der Besitzlosigkeit der hereditas der Grund davon, daß an ihr ein furtum nicht habe verübt werden können, liegen würde, rein unerklärlich, warum bei der hereditas die Entwendung auch später kein Furtum, bei anderen besitzlosen Sachen aber ein Furtum bildete.

kein Hinderniß vorhanden geweſen, die Handlung ganz als Furtum zu behandeln, wie die Fälle der Note 176. Allein nach dem älteren Rechte war einmal die Handlung kein Furtum, und wie ſo oft im römiſchen Recht, ſo ließ man es auch hier, ungeachtet der geänderten Vorausſetzungen beim alten Grundſatze und ergänzte die entſtandene Lücke durch ein neues Inſtitut die accusatio expilatae hereditatis[179]), welche übrigens nicht blos öffentliche Beſtrafung des Thäters, ſondern zugleich Zurückgabe des Entwendeten zum Zwecke hatte[180]).

Nur gegen den Miterben fand nicht einmal eine accusatio expilatae hereditatis ſtatt; denn das römiſche Recht ſcheint hier von der Anſicht einer blos ſubſidiären Natur dieſer accusatio ſogar ſoweit geleitet worden zu ſein, daß es im angeführten Falle das judicium familiae herciscundae für genügend hielt[181]). Ebenſo war ſie ausgeſchloſſen, wenn ein Ehegatte aus dem Nachlaſſe des verſtorbenen Gatten etwas entwendete, ehe die Erben von der Erbſchaft Beſitz ergriffen hatten (ſ. die Stellen der Note 152); dieſes aus denſelben Gründen, aus welchen bei Entwendungen zwiſchen Ehegatten die furti actio ausgeſchloſſen war (L. 5 D. de crim. exp. her.) Im Uebrigen galten in Hinſicht auf Thatbeſtand und Verfolgbarkeit[182]) beim cr. exp. hered. ganz die Grundſätze des Furtum; auch infamirte die Verurtheilung bei demſelben, wie beim Furtum[183]).

III. Entwendungen, welche als Furtum nicht beſtraft werden konnten, weil ein weſentliches Requiſit des Furtum bei ihnen fehlte, die aber doch öffentliche Strafe nach ſich zogen. Hierher gehören zwei Claſſen von Fällen.

1) An einer res sacra und religiosa konnte, ſtreng genommen, ein Furtum nicht begangen werden; die Entwendung derſelben wurde aber als Peculat beſtraft. Note 134 flg.

2) Ein Verſuch des Furtum konnte als ſolcher nicht beſtraft werden. Note 59 flg. Das Bedürfniß führte aber natürlich darauf, wenigſtens in den gefährlicheren Fällen die Conate zu ſtrafen. Dieß geſchah

a) beim Furtum mit Waffen. Hier kann gegen den Thäter

179) Dadurch beantworte ich die Frage, welche Luden (D. de furti not. p. 37) aufwirft. S. auch Hefftter a. a. O. Die Behauptung, welche Luden a. a. O. aufſtellte, daß zum cr. exp. hered. eine oblatio violenta nöthig geweſen ſei, wird derſelbe wohl jetzt ſelbſt nicht mehr vertheidigen.

180) Dieß ergibt ſich entſchieden aus L. 4. D. h. t. und L. 4. u. 6. C. h. t. Daraus erklärt ſich auch die L. 3. D. h. t. S. auch Arndts a. a. O. S. 133.

181) L. 3. C. fam. herc. (3. 36.): Expilatae enim hered. crimen frustra coheredi intenditur, quum iudicio fam. herc. indemnitati eius prospiciatur. Vgl. L. 6. C. exp. her.: Expilatae her. crimen loco deficientis actionis intendi posse, non est iuris ambigui, und die vorhergehende Note.

182) Hieraus erklären ſich L. 4. u. 5. D. h. t. in Beziehung auf die Ehefrau.

183) L. 12. C. ex quib. caus. inf. (2. 12.) Dieſe Stelle nennt das Verbrechen ein furtum improbius, eben weil zu ihm der ganze Thatbeſtand des Furtum gehört.

eine accusatio ex lege Cornelia de sicariis erhoben werden, und zwar nicht blos beim ausgeführten Furtum, sondern auch schon, si quis furti faciendi causa cum telo ambulaverit[184]).

b) Bein Furtum durch Einsteigen in Gebäude (directariorum crimen)[185]). Hier wird schon derjenige, welcher furandi animo einsteigt, wenn er auch das Furtum nicht consummirt, extra ordinem mit öffentlicher Strafe belegt[186]).

c) Ob auch sonst noch Conate des Furtum bestraft wurden, darüber äußern sich die Quellen nicht. Bei den effractores (Note 117) dürfte übrigens jedenfalls das argumentum a minori ad majus (vom Directoriat) auf die Bejahung der Frage führen[187]). In allen anderen Fällen, namentlich auch in denjenigen, welche besonders benannte crimina extraordinaria bildeten, können wir beim Schweigen der Quellen wohl nicht annehmen, daß hier die Römer von dem, durch die ursprüngliche Natur des Privatdelicts begründeten Grundsatze, nach welchem zum Furtum ausgeführte Contrectation gehörte, abgewichen seien[188]).

II. Diebstahl im weiteren Sinne; uneigentlicher Diebstahl; Entwendung. Weit enger, als der des römischen Furtum, ist der Begriff und Thatbestand des teutschen Diebstahls. Die Teutschen behandelten schon von früheren Zeiten her, den Diebstahl als ein besonders verächtliches und mit harter öffentlicher Strafe zu bestrafendes Verbrechen. Während die schwersten Verletzungen, selbst Tödtungen, mit Geldbußen gesühnt werden konnten, traf den Dieb meist schimpfliche Todesstrafe, und wenn er sich ja mit Gunst des Richters

---

184) L. 1. pr. D. ad l. Corn. de sic. (48. 8.)

185) L. 7. D. de extraord. crim. (47. 11.): Directarii .. hoc est hi, qui in aliena coenacula se dirigunt furandi animo, plus, quam fures, puniendi sunt. Bekanntlich ist es sehr bestritten, was die Römer unter Directariat verstanden. Das Nähere über die verschiedenen Ansichten und die Begründung des im Texte aufgestellten Begriffes, dem nun auch Spätere, z. B. Luden, über den Versuch des Verb. S. 196, beitreten, s. in meinem Lehrb., Bd. 2, S. 332—337. Wieder eine andere Ansicht vertheidigt nun Fr. Vict. Ziegler (Observat. iur. crim. Lips. 1838, 8. p. 39—50); nämlich Directarii seien Solche gewesen, welche in der Absicht zu stehlen durch Gewaltanwendung gegen Personen in fremde Häuser eindringen. Allein diese Beziehung des Directariats auf einen solchen Raubversuch, obwohl mit Scharfsinn und guter Combination vertheidigt, hat doch sehr Vieles entschieden gegen sich.

186) D. l. c., ferner L. 1. §. 2. D. de effractor. (47. 18.) Paulus, rec. sent. V. 4. §. 8. Allerdings lag im Directariat eine consummirte Injurie (oben Note 59, 60), und aus diesem Grunde meint Zachariä, Lehr. v. Vers., Bd. 1, S. 155, daß hier von einer Bestrafung eines Versuches nicht die Rede sei. Allein aus der L. 7. cit., der Vergleichung des directarius mit eigentlichen fures, und der Zusammenstellung desselben mit fures (L. 1. §. 2. cit.) dürfte hervorgehen, daß der furandi animus in Verbindung mit der Weise, wie der Thäter diese Absicht auszuführen suchte, es war, der die Auszeichnung des Directariats motivirte. Vgl. auch mein Lehrb., Bd. 2, S. 336.

187) Das Gleiche, nur aus anderen Gründen, nehmen sehr Viele an, unter den Neueren z. B. Roßhirt, Gesch. u. Syst., Bd. 2, S. 287; Luden a. a. O. S. 195 flg.

188) And. Mein. sind Viele, u. A. auch Luden a. a. O. S. 197.

loskaufen konnte, doch unbedingt Ehrlosigkeit, mit der die Teutschen nicht so freigebig waren, als die Römer mit ihrer infamia. So war es auch natürlich, daß dieses Verbrechen weit enger begrenzt wurde, als bei den Römern das Furtum. Der eigentliche teutsche Diebstahl umfaßt blos einen der vielen Fälle des Furtum, den bei Note 27 oben angeführten Fall des furtum ipsius rei, und zwar mit Ausschluß des Raubes. Weder Raub, noch Unterschlagung, noch die übrigen von Note 35—40 angeführten Fälle des furtum ipsius rei, noch des furtum usus und suae rei gehören zum teutschen Diebstahle. Diese Ansicht, welcher die teutsche gemeinrechtliche Praxis entschieden zugethan ist, und der auch die neuesten Gesetzgebungen durchaus folgen, theilen auch die meisten älteren und neueren Criminalisten; nur muß man dabei beachten, daß Manche das Wort Diebstahl in einem weiteren und engeren, in einem eigentlichen und uneigentlichen Sinne nehmen, und blos unter dem Diebstahle im engeren und eigentlichen Sinne, den wahren teutschen Diebstahl verstehen, somit durch Diebstahl (im weiteren Sinne) Manches bezeichnen, was kein teutscher Diebstahl ist und was auch sie für einen wahren Diebstahl nicht erklären wollen, und daher in der berührten Beziehung zu den Dissentienten nicht zu zählen sind. Um aber sich nicht zu verwirren, ist es nöthig, über den Sinn, in welchem Diebstahl und auch das Wort Entwendung und Dieberei von Manchen genommen wird, sich kurz zu orientiren.

1) Manche nehmen Diebstahl in einem weiteren Sinne für das Genus, welches den Raub und den (wahren) Diebstahl unter sich begreifen soll, und bezeichnen dann den teutschen Diebstahl, im Gegensatz zum Raube, durch eigentlichen oder wahren, oder Diebstahl im engeren Sinne. Dies that z. B. Feuerbach[189]), Martin[190]) und Salchow[191]). Einige, z. B. Klien, S. 154 flg., unterscheiden einen uneigentlichen Diebstahl als gleichbedeutend mit dem römischen Furtum, einen eigentlichen Diebstahl im weiteren Sinne, welcher den teutschen Diebstahl und Raub umfassen, und einen eigentlichen Diebstahl im engeren Sinne, welcher den teutschen Diebstahl, im Gegensatze zum Raube und zu den Fällen des eigentlichen Diebstahls im weiteren Sinne, die wie der Kirchendiebstahl (sacrilegium) einen eigenen Namen haben, begreifen soll. Wieder Andere unterscheiden vom Diebstahl „im eigentlichen Sinne" einige Fälle, z. B. die Unterschlagung und den Funddiebstahl, die sie auch zum Diebstahle zwar zählen, aber nur in einem weiteren Sinne und daher auch nach anderen Grundsätzen bestrafen wollen, als den eigentlichen Diebstahl[192]). — Was die-

189) Von der 9. Ausgabe seines Lehrbuches an nicht mehr; s. dass. §. 323.
190) Mein Lehrbuch, Bd. 2, S. 267.
191) Salchow, Lehrb. §. 344.
192) Z. B. B. W. Pfeiffer, prakt. Ausführungen, Bd. 2, Nr. XVI. Aehnlich macht es Hepp, im neuen Archiv des Crim.-R., Bd. 14, S. 260 flg. Er sagt, unter Berufung auf Pfeiffer, der Funddiebstahl sei unleugbar eine Art des Diebstahls, aber — nichts von dem, was die Carolina über Bestrafung des Diebstahls festsetze, sei auf ihn anwendbar.

sen Sprachgebrauch betrifft, so kann er nur zu Mißverständnissen und Verwirrungen führen, und ist auch an sich unrichtig. Unsere gemeinen teutschen Gesetze verstehen unter Diebstahl niemals den Raub; unter Diebstahl im weiteren Sinne, oder gar, wie Klien, unter Diebstahl im eigentlichen Sinne auch den Raub zu begreifen, ist daher gegen die Gesetze und auch gegen den Sinn des Wortes Diebstahl[193]). Eben so begreifen, wie sich unten ergeben wird, weder unsere Quellen, noch der gemeine Sprachgebrauch unter Diebstahl alle Fälle des römischen Furtum, noch die oben vom teutschen Diebstahle ausgeschiedenen Fälle desselben, und es ist daher zu mißbilligen, wenn sie, sei es auch nur in einem weiteren Sinne, durch Diebstahl bezeichnet werden. Nur muß man sich hüten, wenn etwa die Quellen eine Handlung als eine diebische oder diebliche bezeichnen, z. B. von dieblichem Behalten sprechen, hier gleich an einen Diebstahl zu denken. Denn diese Ausdrücke werden auch gebraucht, um im Allgemeinen die Richtung der Handlung zu bezeichnen, ohne sie dadurch zum Diebstahle stempeln zu wollen[194]). Eben so wenig kann man aus einem einzelnen hergebrachten mißbräuchlichen Ausdrucke, z. B. dem Ausdrucke Funddiebstahl, Folgerungen ziehen, wie schon von der anderen Seite der häufig gebrauchte Ausdruck Kirchenraub und Mundraub beweist. So wird auch das Wort Dieb bisweilen im gemeinen Leben (z. B. von Nachdruckern) und in Rechtsquellen (z. B. Sachsenspiegel B. 3. Art. 4) entschieden in einem blos bildlichen, uneigentlichen Sinn gebraucht. Will man das Furtum in seinem ganzen Umfange durch einen teutschen Ausdruck vom teutschen Diebstahle unterscheiden, so könnte man am ehesten noch mit Heffter die Fälle des römischen Furtum im Allgemeinen durch Dieberei oder Diebheit bezeichnen und von ihnen den Diebstahl unterscheiden, wobei jedoch zu bemerken ist, daß auch diese Worte dem ganzen Umfange des Furtum doch nicht durchaus entsprechen möchten.

2) Der Ausdruck Entwendung wird ebenfalls in sehr verschiedenem Sinne gebraucht. Viele nehmen ihn in einem ganz weiten Sinne als Uebersetzung des römischen Furtum und sprechen daher von Sach-, Besitz- und Gebrauchs-Entwendung; so Feuerbach, Henke, Martin. Dabei unterscheiden theils dieselben, theils Andere ein besonderes Verbrechen der Entwendung im engeren Sinne, unter welchen sie den gemeinschaftlichen Thatbestand des teutschen Diebstahls und des Raubes begreifen; endlich nehmen Manche, z. B. wieder Martin und Henke, Entwendung in einem noch engeren Sinne als

---

193) Adelung, Wörterbuch der hochteutschen Mundart, u. d. W. Diebstahl. Vgl. auch Erhard, de furti not. p. 133, 147, welcher mit Recht sagt: Ante omnia proscribatur infelicissima illa furtorum in propria et impropria distinctio, quia quae improprie furta sunt, proprie furta plane non sunt, neque ita debent appellari.

194) Wie auch die Römer bisweilen furtive in Fällen gebrauchen, in welchen nach ihrer Ansicht bestimmt kein Furtum vorhanden ist; z. B. L. 6. D. de poss. (41. 2.) Vgl. auch Klien, S. 80, Note, und Erhard l. c. p. 81, not.

gleichbedeutend blos mit dem teutschen Diebstahle, im Gegensatze zum Raube. — Ein solcher Gebrauch kann natürlich nur wieder zu Verwirrungen führen. Auch möchte die Aufstellung eines besonderen Verbrechens der Entwendung, das lediglich in dem gemeinschaftlichen Thatbestande zweier verschiedener und von den Gesetzen ganz verschieden gehaltener und bezeichneter Verbrechen, des Diebstahls und Raubes, bestehen soll, um so weniger zu billigen sein, als der Ausdruck Entwendung schon an sich eine viel weitere Bedeutung hat[195]). Ueberhaupt stellen unsere Gesetze nirgends ein Verbrechen der Entwendung auf und gebrauchen den Ausdruck niemals um ein bestimmtes Verbrechen zu bezeichnen; eben so wenig hat sich hierüber in der Doctrin und in der Praxis ein technischer Sprachgebrauch gebildet. Allerdings bezeichnet Entwenden die äußere That des Diebes, wie die des Räubers, und deßhalb spricht auch die Carolina vom Entwenden durch Diebstahl und durch Raub, allein nicht in einem besonderen technischen Sinne. Auch geht das Wort viel weiter und bezeichnet eben jeden Act, durch den man dem Berechtigten eine Sache eigenmächtig entzieht. So kann man daher Entwendung wohl gebrauchen, um die verschiedenen Richtungen des Furtum zu bezeichnen; aber auch hier geht die Bedeutung des Wortes noch weiter, indem man z. B. auch eine Selbsthilfe durch Entwendung begehen kann. Es empfiehlt sich dabei auch in praktischer Beziehung sehr, dem Wort keine speciellere technische Bedeutung zu geben, indem man dadurch sich einen Ausdruck erhält, durch den man eine That oder eine Anschuldigung ganz im Allgemeinen bezeichnen und dabei die specielle Richtung des Verbrechens vorerst unentschieden lassen kann.

III. Diebstahl[196]). Vor Allem kommt es bei der Frage über Natur und Umfang des Diebstahls auf die Bestimmungen und den Geist der Carolina an. Daß diese bei ihrer ausführlichen Behandlung des Diebstahls hauptsächlich teutsches Recht im Auge hatte und durch teutsche Rechtsbegriffe und Gewohnheiten geleitet wurde, dürfte keinem Zweifel unterworfen sein. Der enge Begriff des Verbrechens, von dem sie entschieden ausgeht, die Art der Bestrafung, die stete Rücksicht auf die Größe des Diebstahls, die von ihr herausgehobenen Auszeichnungen des Verbrechens, ihre Bestimmungen über Entwendung von Holz, beiwei-

---

195) Auch Birnbaum (neues Archiv, Bd. 13, S. 98 flg.) tritt im Ganzen Feuerbach bei und hält es für zweckmäßiger und richtiger, jene beiden Verbrechen „unter der Rubrik von Entwendung zusammenzufassen, statt (wie ich in meinem Lehrbuche) unter der von rechtsw. Zueignung beweglicher Sachen." Allein nach Feuerbach's und Martin's Ansicht handelt es sich hier nicht von einer bloßen Rubrik; und würde es sich auch davon blos handeln, so wäre die Rubrik Entwendung hier (blos für Diebstahl und Raub) zu weit.

196) Zu der oben angegebenen Literatur ist hier noch beizufügen: Cropp, der Diebstahl nach dem älteren Rechte der freien Städte Hamburg, Lübeck und Bremen; in Hudtwalcker und Trummer, criminalist. Beiträge, Bd. 2, S. 1—79, u. S. 238—406 (eine treffliche Arbeit über Diebstahl nach dem vorcarolinischen teutschen Rechte überhaupt). — Quellen: P. G.-O. Art. 157—175. Vgl. bambergens. A. 183—201.

weisen dies schon zur Genüge [197]). Eben so wenig aber dürfte zu leugnen sein, daß auch hier die Carolina, wenn gleich im Ganzen von germanischer Grundlage ausgehend, doch im Einzelnen theils unmittelbar, theils durch Vermittelung der Wissenschaft, das römische Recht vor Augen hatte [198]). Schon deßhalb und nach der allgemeinen Erklärung der P. G.-O. Artikel 105 ist auch hier das römische Recht als Hilfsrecht nicht auszuschließen, und man mag selbst zugeben, daß jede einzelne Verschiedenheit des Thatbestandes des Diebstahls von dem des Furtum durch bestimmte Aussprüche oder den Geist der teutschen Gesetze oder des teutschen Gewohnheitsrechts nachgewiesen werden müsse [199]). Diese Verschiedenheiten sind aber sehr bedeutend, und zwar folgende.

1. Es ist vom Diebstahle ausgeschlossen, die oben bei Note 34 bezeichnete Unterschlagung. Das teutsche Recht aus der Zeit vor der Carolina trennt sie entschieden vom Diebstahle. Es verlangt zu demselben eine Verletzung der Were des Bestohlenen, eine Entwendung der Sache aus der Were desselben [200]), d. h. aus seinem eingefriedigten Besitzthum oder wenigstens aus einem Orte, in welchem die Sache als in dem besonderen, unmittelbaren Schutze des Verletzten stehend, zu betrachten war [201]). Es unterscheidet deßhalb wesentlich vom Diebstahle das bloße diebliche Behalten einer Sache, bei welchem der Thäter die Sache nicht aus fremder Were entwendet; hierher rechnen namentlich die Quellen des Mittelalters: wenn Jemand Gefundenes, das im Wasser ihm zugeflossene fremde Gut, ferner die zu treuer Hand ihm anvertrauten fremden

---

197) Schon Aeltere, z. B. Böhmer, gehen hiervon aus. S. auch Dollmann, S. 93 flg., 96 flg., 87 flg.,

198) Zu weit geht wohl Roßhirt (Gesch. u. Syst. d. teutschen Strafr., Bd. 2, S. 307), wenn er sagt: Auch nicht ein einziger Gedanke in der Carolina (beim Diebstahl) gehört unmittelbar und wahrhaft dem römischen Rechte an; vergl. Roßhirt selbst a. a. O. S. 309 oben, S. 314, 315, 316 u. 325. Aehnlich äußerte sich auch schon Erhard (de furti not. p. 56 sq.). Dagegen geht wohl von der entgegengesetzten Seite zu weit Heffter, Lehrb., 2. Ausg., §. 490, Note 1, §. 492, Note 7.

199) Wie von Klien, S. 155, Note, Martin, Lehrb. §. 139, und überhaupt beinahe durchaus behauptet wird. Freilich könnte man wohl entgegnen, daß in dieser Behauptung eine petitio principii liege. Denn ihr liegt eine Voraussetzung zum Grunde, welche eigentlich erst zu beweisen wäre. Indessen kommt man hier im Resultate auf dasselbe, mag man von der Nothwendigkeit der Nachweisung der einzelnen Verschiedenheiten zwischen Furtum und Diebstahl ausgehen, oder zuerst die Natur des Diebstahls aus den teutschen Quellen entwickeln, und dann das Gefundene mit dem Furtum vergleichen. — Hilfsrecht ist das römische Recht hier namentlich insofern, als in den Fällen, welche gleichmäßig zum Diebstahle und zum Furtum gehören, die Lücken des teutschen Rechts aus dem zu ergänzen sind, was das röm. Recht über diese Fälle enthält.

200) Nicht ein Wegtragen oder Entfernen aus der Were, wie Manche wollen, und auch theilweise wenigstens Cropp a. a. O. S. 34 flg. Die Were ist verletzt, selbst wenn der Dieb noch innerhalb der Pfähle des Bestohlenen ist, aber die Sache bereits an sich genommen und in seine Gewalt gebracht hat. Nicht dagegen ist Sachsensp., B. 2, Art. 29, wie besonders Klien S. 265 zeigte.

201) Sachsenspiegel B. 2, Art. 29; B. 3, Art. 22. Cropp a. a. O. S. 13 flg.

Sachen unterschlägt, überhaupt wenn Jemand eine fremde Sache, welche mit dem Willen des Eigenthümers oder, wenn ohne denselben, doch nicht durch Entfremdung aus fremder Were in seine Hände kam, sich widerrechtlicher Weise aneignet [202]). Daß die Carolina sich an dieses teutsche Recht anschloß, ist ganz unverkennbar. Sie gebraucht das Wort Diebstahl und Stehlen immer in solchen Verbindungen, daß sich daraus augenscheinlich ergibt, sie verbinde stets mit jenen Begriffen die Nothwendigkeit einer Entziehung der Sache aus fremdem Besitze (im weiteren Sinne, Detention) [203]). Namentlich ergibt sich dies dem unbefangenen Blicke aus der Art und Weise, wie sie gleich in den ersten Artikeln (Artikel 157 ff.) die verschiedenen Diebstähle zu beschreiben beginnt und bei jedem derselben unterscheidet, ob beim Stehlen der Dieb betreten worden, oder ob er zum Diebstahle eingestiegen oder eingebrochen sei, oder ob dies nicht der Fall gewesen; eine Unterscheidung, von der sie in dieser durchgreifenden allgemeinen Weise nicht hätte ausgehen können, wenn sie die Unterschlagung noch zum Diebstahle gezählt haben würde. Ueberdies führt sie noch bei der Lehre vom Diebstahle (Artikel 170) die Unterschlagung des zu treuen Handen Anvertrauten an, bestimmt aber bloß, daß dieser Fall der Unterschlagung gleich einem Diebstahle bestraft werden solle, bezeichnet ihn nicht durch Diebstahl, und gebraucht nicht das Wort Stehlen, wie in allen anderen unmittelbar vorangehenden und nachfolgenden Artikeln [204]). Sollte aber ja noch ein

---

202) Sachsenſp. an den angef. Orten; auch B. 2, Art. 37; B. 3, Art. 5, §. 1, und beſ. Cropp a. a. O. S. 43—70, und die daſ. angef. Quellen. Ob Unterſchlagung des zum Gebrauche Geliehenen auch zum dieblichen Behalten, oder, wie Cropp S. 62—68 meint, nicht einmal zu dieſem gehörte, darüber läßt ſich wohl ſtreiten. — Das diebl. Behalten zog nicht Ehr- und Rechtloſigkeit, überhaupt nicht peinliche Strafe, wie der Diebſtahl, nach ſich, ſondern blos Buße an den Verletzten und Wette an den Richter. Cropp a. a. O. S. 252 flg., 258.

203) Jedenfalls müſſen wir im ſpäteren teutſchen Rechte die römiſchen Begriffe vom Beſitz auch hier an die Stelle der Were ſetzen. Vgl. auch Mittermaier, teutſches Privatrecht, 5. Ausg., §. 151; Roßhirt, Geſch. u. Syſt., Bd. 2, S. 316. — Anderer Meinung ſcheint Hefftter, Lehrbuch, 2. Ausg., §. 493, zu ſein, wenn er verlangt, daß die Sache in einer Lage ſich befand, wo der Inhaber unmittelbar über ſie verfügen kann, „ſei ſie nun in ſeinem wirklichen Verſchluß oder auf ſeinem Eigenthum oder an einem von ihm allein gewählten und gekannten Orte." Hiernach wäre es kein Diebſtahl, wenn mein Nachbar meinen Hund oder Truthahn, der zufällig auf ſein Gehöfte kam, feſthält und ſich aneignet? S. aber Klien, S. 288.

204) Vergl. die Rubrik des Art. 170 und die Worte im Texte: ſolch' Miſſetat, mit der Rubrik der Art. 167—169 und 171 flg. und die Worte im Art. 167: Das iſt ein Diebſtall. Deßhalb beweiſt der Art. 170 nichts für die Gegner, wie ſie glauben, ſondern gegen ſie; dieß um ſo mehr, als dieſer Artikel auch von dem bloßen unbefugten Gebrauchen der anvertrauten Sache handelt (mein Lehrbuch, Bd. 2, S. 397). Wer daher aus dem Artikel beweiſen wollte, daß die Unterſchlagung Diebſtahl ſei, müßte dann auch annehmen, daß das furtum usus zum teutſchen Diebſtahle gehöre. Dieſes thut aber meines Wiſſens keiner der Diſſentienten. — Nicht mit Unrecht beruft ſich Klien S. 161 flg. auch noch auf die Bedeutung des teutſchen Wortes Stehlen und auf den allgem. Sprachgebrauch.

Zweifel übrig sein, so ist doch eher anzunehmen, daß die vom Diebstahle handelnde und denselben im Wesentlichen nach teutschen strafrechtlichen Grundsätzen behandelnde Carolina bei ihrem Diebstahle das im Auge hatte, was man nach teutschem Rechte und teutschem Sprachgebrauche unter Diebstahl verstand, nicht aber das, was die Römer unter Furtum verstanden! Es ist auch die überwiegende Mehrzahl der teutschen Criminalisten dafür, daß die Unterschlagung und somit auch der sogenannte Funddiebstahl zum Diebstahle nicht gehöre [205]), und nur Wenige (unter diesen Feuerbach) sind anderer Meinung [206]). Auch die teutsche gemeinrechtliche Praxis nahm in der früheren Zeit, und nimmt wohl auch in der jetzigen Zeit Jenes entschieden an [207]). Ueber Thatbestand und Strafe der Unterschlagung siehe das Nähere beim Artikel Unterschlagung.

2. Eben daraus, daß zum teutschen Diebstahl, wie gezeigt wurde, eine eigenmächtige Entwendung der Sache aus fremdem Besitze gehört, folgt auch, daß die oben bei Note 36 — 41 angeführten Fälle des römischen furtum ipsius rei nicht zum teutschen Diebstahle gehören [208]). Streng genommen müßte man, in Ermangelung anderer Bestimmungen

---

205) S. mein Lehrbuch, Bd. 2, S. 282. Unter den Neueren sind namentlich für diese Ansicht Tittmann, Erhard, Grolman, Klien, Roßhirt, Martin, Bauer, Mittermaier (zu Feuerbach §. 315a), Hefftter, Dollmann und Abegg (der aber Lehrbuch, S. 458, 460, sich ungenau ausdrückt, und nicht nur von einem eine Unterschlagung begehenden Diebe spricht, sondern auch anzunehmen scheint, daß der Funddiebstahl „unter den Begriff des Diebstahls unter Umständen (??) unmittelbar falle"). Für diese Ansicht sind besonders zu vergleichen die Ausführungen von Erhard, de furti not. p. 60—81; Grolman, Grundsätze, §. 207, 179, und in s. Bibliothek für d. p. R.-W., Bd. 1, St. 2, S. 203 flg.; Klien, S. 159—167; Martin, Lehrbuch, §. 140; Roßhirt, Gesch. u. System, Bd. 2, S. 316 flg.; Dollmann, S. 94 flg., und Hefftter, Lehrbuch, §. 492, Note 4.

206) Unter den Aelteren bes. Böhmer, Quistorp und der ältere Meister; unter den Neueren Kleinschrod, Feuerbach, Salchow und Hepp (Versuche S. 11 flg., und im Archiv, Bd. 14, S. 353 flg., welcher wenigstens die Fälle des Art. 170 der P. G.-O. zum Diebstahle, die übrigen Fälle der Unterschlagung aber zum Betruge, Letzteres freilich jedenfalls mit Unrecht, zählt). Diejenigen, welche wie Klien und Pfeiffer die Unterschlagung einen uneigentlichen Diebstahl nennen, gehören nicht hierher, da sie eben dadurch erklären, daß die Handlung kein (eigentlicher) teutschrechtlicher Diebstahl sei.

207) So war es z. B. von jeher Praxis in Sachsen (für die ältere Zeit sind hier namentlich die Consultationes Saxon., auch Carpzov zu vergleichen) und in Württemberg. Auch Böhmer und Quistorp geben zu, daß sie die Praxis gegen sich haben.

208) Darüber ist wohl kein Streit, denn Abegg (Lehrb. S. 458) wird nicht haben dissentiren wollen, wenn er, freilich höchst ungenau, sagt: der teutschrechtliche Begriff beziehe sich nur auf die Sachentwendung, wodurch der Dieb die Substanz selbst, nicht blos Gebrauch oder Besitz der eigenen Sache sich zueignen will. Vgl. auch Klien, S. 313; Roßhirt, im neuen Archiv des Cr.-R., Bd. 3, S. 88—93; Feuerbach, Lehrbuch, §. 318 a. E. Unrichtig ist aber, was Feuerbach §. 319, Note e, über Entwendung von Urkunden sagt. S. unten bei Note 227 flg.

über sie, behaupten, daß auch jetzt noch auf sie die römischen Strafbestimmungen über Furtum anzuwenden sind. Allein diesem wird das entschiedenste Gewohnheitsrecht entgegenstehen, und die Gerichte werden diese Fälle nur dann strafen, wenn in ihnen eine Unterschlagung (Note 38) oder ein wahrer Betrug (Note 39, 41) vorliegt.

3. Auch das furtum usus gehört nicht zum Diebstahle. Schon der Umstand, das die Carolina bei der Bestrafung des einfachen Diebstahls durchaus den Werth der gestohlenen Sache an sich, ihrer ganzen Substanz nach, zu Grunde legt, beweist, daß sie von einer widerrechtlichen Aneignung der Sache selbst, als zum Diebstahle wesentlich ausgeht. Jener Ansicht ist auch die entschiedenste teutsche Praxis und sind eben so, meines Wissens, alle unsere Criminalisten [209]) mit Ausnahme von Dollmann, welcher dann einen Diebstahl annehmen will, wenn die Sache zum Zwecke des unerlaubten Gebrauchs aus fremder Detention entwendet wurde [210]).

In Ermangelung anderer Bestimmungen, als deren des römischen Rechts, müßte daher über Bestrafung des furtum usus dasselbe gelten, was über die unter 2. angeführten Fälle eben gesagt wurde. Allein auch hier wird die teutsche Praxis sich nicht streng an das römische Recht halten. Die Privatstrafen sind hier bestimmt durch Gewohnheitsrecht verworfen, und eine öffentliche Strafe, und zwar nur eine geringe polizeiliche Rüge, wird die Praxis hier in der Regel nur dann erkennen, wenn der Verletzte klagt [211]). Manche wollen die hierher gehörigen Fälle als Betrug strafen; allein zum Betrug gehören sie ganz entschieden nicht, da ihnen wesentliche Erfordernisse desselben abgehen; dies selbst dann, wenn eine durch Vertrag anvertraute Sache mißbraucht worden wäre [212]).

4. Vom teutschen Diebstahl ist ferner ausgeschlossen das furtum suae rei, und namentlich das darunter begriffene furtum possessionis. Denn daß die Carolina blos wiederrechtliche Zueignung fremder Sachen beim Diebstahl im Auge hatte, dieses beweist auch hier wieder schon der Umstand, daß sie der Strafe des einfachen Diebstahls lediglich den Werth der gestohlenen Sache ihrer Substanz nach zu Grunde legt [213]). Hiefür ist auch die entschiedenste Praxis beinahe mit allen älteren und

---

209) Vgl. Klien, S. 179 flg.; Roßhirt a. a. O. S. 83. Nur sind zum Theile die dafür angeführten Gründe unrichtig; z. B. der von Klien, daß das furtum usus eine erlaubterweise ergriffene Detention voraussetze (s. oben Note 58).

210) Die Entwendung ꝛc. S. 74 flg., 97. Er sagt: es gehöre zum Diebstahl blos die Entziehung einer fremden Sache aus fremder Detention in gewinnsüchtiger Absicht; aber welches Recht der Dieb an der Sache auszuüben beabsichtige, berücksichtige die Carolina nicht. — Zum Beweise ist nichts dafür beigebracht; das im Texte Gesagte aber dürfte das Gegentheil beweisen.

211) Vgl. auch Klien, S. 180, 181. Für einen Fall setzt die Carolina hier die Diebstahlsstrafen fest (s. Note 204). Allein die Praxis wird, der Mehrzahl unserer Criminalisten folgend (mein Lehrbuch, Bd. 2, S. 397), dem Art. 170 diese Beziehung, freilich mit Unrecht, nicht mehr geben.

212) Mein Lehrbuch, Bd. 2, §. 178, Note 91.

213) Dollmann, S. 96 flg., führt dafür auch noch die Art. 207—214 der P. G.-O. an.

neueren Criminalisten[214]), und nur sehr Wenige sind anderer Meinung[215]). Hiernach müßte bei den Fällen des furtum suae rei wieder lediglich das römische Recht zur Anwendung kommen[216]). Aber auch hier wird wohl entschieden insofern wieder vom römischen Rechte abgewichen, daß man das Vergehen nicht mehr als Privatdelict behandelt, sondern eine arbiträre öffentliche Strafe erkennt, die jedoch weit gelinder ausgemessen wird, als die Diebstahlsstrafe.

Sind die unter 2. — 4. bemerkten Fälle des Furtum vom Diebstahle ausgeschlossen: so folgt schon daraus, daß zum Diebstahle die Zueignung einer fremden Sache, und zwar (s. Nr. 1.) durch Entziehung aus fremder Detention gehört, daß also durch den Diebstahl der Besitz, gleichviel ob der Eigenthümer oder ein Anderer die Sache inne hat, und zugleich Eigenthum (durch so zu sagen factische Entziehung desselben), verletzt werden muß[217]).

5. Vom Diebstahle ist ferner ausgeschlossen der Raub. Dieses ergibt sich schon aus einer Vergleichung des Artikels 126 der P. G.-O. mit den vom Diebstahle handelnden Artikeln, und es ist dies wohl auch allgemein angenommen. Nur entsteht die Frage, durch welches Merkmal der Diebstahl sich vom Raub unterscheidet. Cropp[218]) glaubt, durch das Merkmal der Heimlichkeit, wenigstens nach dem Rechte vor der Ca-

---

214) Unter den Neueren namentlich Grolman (Grundsätze, §. 178, 181, 182), Erhard (l. c. p. 81), Klien (a. a. O. S. 231—241), Feuerbach (Lehrb. §. 314), Mittermaier (zu Feuerbach §. 315, Note 2), Heffter (Lehrb. §. 492, Note 3), Roßhirt, Bauer. Schwankend äußert sich Abegg, Lehrb. S. 459, 460; s. aber Dens. S. 458, wo er sich nur nicht so allgemein auf Martin hätte berufen sollen. S. Note 215.

215) Unter den Neueren, meines Wissens, blos Drei (denn Salchow gehört nicht mehr hierher, s. dessen Lehrb. 3. Ausg., §. 335, 350), von denen aber zwei sich dabei selbst widersprechen (nämlich Klien, Grundl. §. 427, u. Tittmann, Handb. 2. Ausg., §. 404, vergl. mit §. 402 a. E.); der Dritte ist (unter Berufung auf Salchow und Tittmann) Martin, Lehrb. §. 140, 141, Note 9. Der Grund aber, den Martin §. 140, Note 14, dafür anführt (weil beim f. poss. das Wegtragen aus fremdem Gewahrsam ebenfalls vorkommen kann), beweist, von Anderem abgesehen, blos, daß dieses Requisit des Diebstahls hier vorhanden wäre; allein aus dem im Texte Gesagten dürfte sich ergeben, daß es hieran nicht genügt, sondern noch ein weiteres, beim f. poss. nicht vorhandenes, angenommen werden muß.

216) Klien, S. 235; Heffter, Lehrb. 2. Ausg., §. 490, 509, und die von ihm angeführten älteren Criminalisten. Entschieden unrichtig ist es, wenn Einige, wie Grolman (§. 178, Note a) und Böhmer (meditat. in C. C. C. ad art. 157, §. 4 a. E.), diese Fälle nur dann bestrafen wollen, wenn sie unter ein bestimmtes anderes Verbrechen fallen. Manche werden allerdings nach den Grundsätzen vom Betruge zu behandeln sein, um so mehr, als die Römer selbst zwischen der Grenze von Betrug und Furtum schwankten; so z. B. der Fall der L. 20. pr. de furt. und der bei Klien S. 237 flg. angeführte. Allein viele Fälle des furt. rei suae würden unter die Kategorie anderer Verbrechen gar nicht zu bringen sein. So ist es namentlich auch unrichtig, wenn die Motive zum württemb. St.-G.-Buch sagen, daß alle diese Fälle entweder unter Betrug oder Selbsthilfe fallen.

217) S. auch Klien, S. 278 flg.

218) A. a. O. S. 10 flg.

rolina, so daß derjenige, der ganz offen auftritt und eine Sache, wenn auch ohne alle Gewalt, entwendet, Räuber, nicht ein Dieb, gewesen sei; denn im Dieb hätten sich unsere Vorfahren nur den feigen und schleichenden, im Räuber den kühnen und verwegenen Mann gedacht. Keineswegs will aber Cropp dieses auch für das spätere Recht annehmen, während Dollmann, S. 98, selbst noch nach der Carolina jenes behauptet. Allein die Artikel 165 — 168, auf die er sich beruft und die offenbar nur von dem sprechen, wie ein Dieb gewöhnlich verfährt, beweisen in der That nichts dafür, und dagegen ist wohl entschieden die Art und Weise, wie die Carolina den offenen Diebstahl bezeichnet [219]); deshalb verwerfen auch meines Wissens alle übrigen neueren Criminalisten, und schon die meisten älteren [220]), diese Art der Unterscheidung zwischen Raub und Diebstahl, und setzen mit Recht den Unterschied darein, daß beim Raub das Mittel der Ausführung der Entwendung persönliche Gewalt ist.

6. Endlich ist der Diebstahl nach teutschem Rechte nicht ein Privatdelict, sondern ein öffentliches Verbrechen [221]). Es ist daher bei demselben nach Artikel 178 der P. G.-O. auch der Versuch in so weit zu strafen, als er überhaupt bei öffentlichen Verbrechen durch jene Stelle für strafbar erklärt wird, und in so weit fällt daher beim teutschen Diebstahle dasjenige weg, was nach dem oben bei Note 68, 73 — 76 Ausgeführten nach römischem Rechte beim Furtum wegen der Nichtzulässigkeit der Annahme eines Versuches galt.

Hiernach ist Diebstahl die wissentlich widerrechtliche Zueignung einer fremden beweglichen Sache mittelst eigenmächtiger Wegnahme derselben aus fremdem Besitze (im weiteren Sinne), ohne jedoch als Mittel der Entziehung Gewalt gegen Personen zu gebrauchen [222]).

Zum Thatbestand des Verbrechens gehört:

1) als Gegenstand eine fremde, bewegliche Sache. Daß die Carolina nur an beweglichen Sachen einen Diebstahl annimmt (vergl. auch Art. 157, 158) ist allgemein zugestanden [223]). Daß die Sache eine fremde, d. h. im Eigenthum eines Dritten befindliche, sein müsse,

---

219) S. auch Dollmann selbst S. 83. Selbst das möchte noch sehr die Frage sein, ob Cropp's Ansicht auch nur für das vorcarolinische Recht entschieden richtig ist.

220) Zwar nimmt Erhard (de furti not. p. 81), wie auch manche Aeltere, die clandestinitas in den Begriff des Diebstahls auf. Allein er gebraucht den Ausdruck nur als Gegensatz zur vis ad eripiendam rem adhibita. Jedenfalls aber führt er bei wörtlicher Auslegung zu Unrichtigem und ist daher zu vermeiden.

221) Müßte man auch nach der Carolina für den Fall des ersten, kleinen, nicht offenen Diebstahls das Gegentheil behaupten, so ist doch auch hier jedenfalls durch das entschiedenste Gewohnheitsrecht die Privatstrafe aufgehoben.

222) Daß sich dieser enge Begriff vom Diebstahle auch legislativ vollkommen rechtfertigt, darüber s. u. A. Erhard, de furti not. p. 144 sq. Die neueren teutschen Gesetzgebungen, namentlich die württemb. und sächs., haben ihn auch ganz in dieser Beschränkung aufgestellt.

223) Ueber rechtswidrige Zueignung unbeweglicher Sachen s. Grolman, Grundsätze §. 206.

ergibt sich daraus, weil das teutsche Recht die Fälle des römischen furtum suae rei nicht zum Diebstahle zählt (oben Nr. 4.). An seiner eigenen Sache könnte daher Jemand nur einen Diebstahlsversuch begehen, wenn er sie, in der Meinung, sie sei eine fremde, aus fremdem Besitze entwendet, um sie sich zuzueignen [224]). Natürlich kann aber der Miteigenthümer an einer gemeinschaftlichen Sache, wenn sie im Besitze eines Anderen ist, in Beziehung auf den ihm nicht gehörigen Theil der Sache wohl einen Diebstahl consummiren [225]), ebenso auch ein anderer dinglich Berechtigter, ein Nießbraucher, Pfandgläubiger ꝛc. So wenig an der eigenen Sache, eben so wenig kann an einer herrenlosen Sache ein Diebstahl begangen werden [226]). Wäre eine solche in fremder Detention, so würde ein Diebstahlsversuch an ihr möglich sein, wenn der Thäter sie nicht für herrenlos hielte. Nur ist eine herrenlose Sache nicht zu verwechseln mit einer solchen, deren Eigenthümer blos unbekannt ist. Im Uebrigen ist an einem beweglichen Gegenstande jeder Art Diebstahl möglich; auch an Urkunden aller Art, seien es Urkunden über Forderungsrechte oder andere; nur wird hier häufig ein Betrug concurriren [227]) und ist der Werth der Urkunde bei der Bestimmung des Betrags des Diebstahls keineswegs so zu berechnen, wie ihn das römische Recht bei der Privatstrafe des Furtum berechnet [228]). Eben so kann bei uns an Sachen, die zu einer Erbschaft gehören, auch ehe dieselbe der Erbe in Besitz genommen hat, Diebstahl begangen werden [229]), ingleichen an rebus sacris und an Theilen eines locus religiosus, z. B. wenn von einem, im Privateigenthum befindlichen, Grabgewölbe Blei, Eisen ꝛc. weggenommen und entwendet wird [230]). Dagegen ist kein Gegenstand des Diebstahls ein menschlicher Leichnam, sowie eine Sache, mit der er bekleidet, oder die ihm ins Grab mitgegeben ist. Auffallender Weise behaupten Manche das Gegentheil [231]); allein solche Sachen sind ja entschieden in

---

224) Vgl. auch Anmerkungen zum bayer. Strafgesetzbuche, Bd. 2, S. 98.

225) Klien, S. 274—277; auch L. 45. D. de furt. u. L. 45. D. pro socio. (47. 1.)

226) Klien, S. 272 flg.; Feuerbach, Lehrb. §. 315; Grolman, Grundsl. §. 182. And. Mein. ist Martin, Lehrb. §. 141, Note 9, dem auch Hefftter, Lehrb. §. 493, beistimmt. Hefftter bezieht sich auch auf Klien, S. 219. Allein Klien sagt dort, und ebenso auch S. 224 flg. und 272 flg., das Gegentheil.

227) Wenn Feuerbach, Lehrb. §. 319, Note e, die Entwendung von Urkunden, um sich dadurch von einer Schuld zu befreien, eine Erbschaft zu gewinnen ꝛc., ganz vom Diebstahle ausschließt, so ist dieß unrichtig. Vgl. auch Hefftter, Lehrb. §. 489, Note 3, 9; Roßhirt, Gesch. u. System, Bd. 2, S. 320; Hofacker, Jahrb. für württemb. Gesetzgebung, Bd. 2, S. 430 flg., und das dort angef. Präjudiz.

228) S. unten Note 256.

229) S. unten Note 339.

230) Die res sacra ist nach unseren Begriffen ein Eigenthum der Kirche, und ebenso fallen auch bei uns die röm. Grundsätze über Ausschließung des Eigenthums an einem locus religiosus weg.

231) Z. B. Quistorp, Grundsl. §. 373; Salchow, Verb. d. Entwendung, S. 152; Tittmann, Handb. §. 448; Roßhirt, Gesch. und System, Bd. 2, S. 319.

Niemandes Eigenthum, und es kann in Beziehung auf sie nur ein Polizeiverbrechen, die sepulcri violatio, begangen werden[232]).

2) Widerrechtliche Zueignung der genannten Sache. Dieses Requisit ergibt sich aus dem oben Ausgeführten über den Ausschluß des furtum usus und possessionis vom Bereich des teutschen Diebstahls[233]). Wenn daher der Eigenthümer in die Zueignung der Sache wahrhaft einwilligt[234]), so ist die Handlung kein Diebstahl; dieß selbst dann nicht, wenn ein Dritter die Sache besitzt, und wider dessen Willen widerrechtlicher Weise (aber mit Zustimmung des Eigenthümers) die Sache aus seinem Besitz genommen wird; denn hier ist dann nicht die Zueignung, sondern blos die Besitzergreifung eine widerrechtliche; das furtum possessionis aber gehört nicht zum Diebstahle[235]).

3) Die Zueignung muß geschehen mittelst eigenmächtiger Entziehung der Sache aus fremder Detention (oben Nr. 1.). Gleichviel ist es aber, ob der Eigenthümer die Sache besitzt oder ein Dritter, und ob sie einem bloßen Detentor oder einem Possessor im engeren Sinne genommen wird. Aus dem angegebenen Erforderniß ergibt sich auch, daß kein Diebstahl vorhanden ist, wenn ein Dritter die Sache detinirt und wider Wissen und Willen des Eigenthümers in ihre Wegnahme einwilligt; in diesem Falle ist nur Unterschlagung vorhanden, weil hier die Sache nicht eigenmächtig aus fremder Innhabung entzogen wurde[236]).

4) Das Mittel der Entziehung aus dem Besitze darf nicht Gewalt gegen Personen sein. Denn sonst ist die Handlung Raub (s. oben Nr. 6.).

5) In subjectiver Hinsicht gehört zum Diebstahl Dolus in Beziehung auf die angegebenen Erfordernisse, d. h. also Ab-

---

232) Klien, S. 225—228.

233) Deßwegen können aber auch die Wenigen, welche das furtum possessionis noch zum teutschen Diebstahle zählen, nicht die Absicht fordern, durch die Handlung erst die Sache sich zuzueignen, z. B. Martin, Lehrb. §. 142, Note 10—11 (nicht ganz damit übereinstimmend ist aber die Rubrik des angef. §. 142).

234) Wann eine solche Einwilligung nicht vorhanden sei, hierüber s. oben bei Note 69 flg.

235) S. Klien, S. 279—286; Feuerbach, Lehrbuch §. 318; Anmerkungen zum bayer. Strafgesetzbuche, Bd. 2, S. 101 flg. Nur ist es unrichtig, wenn Feuerbach glaubt, daß in einem solchen Falle stets Betrug vorhanden sei. Oben Nr. 4.

236) Klien, S. 279 flg. Damit stimmen auch die neueren teutschen Gesetzgebungen, z. B. die württembergische und sächsische, überein; nicht gehörig genau äußert sich hierüber Heffter, Lehrbuch §. 492, und Mittermaier zu Feuerbach §. 314, Note 5, u. §. 318 in der Note. Was Martin, Lehrbuch §. 144, bei Note 11 u. 12 sagt, dürfte nicht ganz mit seinen Grundsätzen über Ausschluß der Unterschlagung vom Diebstahle übereinstimmen, wenn man unter der dort erwähnten Strafbarkeit die als Dieb zu verstehen hat. Das römische Recht kann natürlich hier nicht entscheiden. — Im Begriffe des Diebstahls diese Consequenz auszudrücken (wider Willen des Eigenthümers und Inhabers), wie es häufig geschieht, ist nicht nöthig; denn sie ergibt sich von selbst, sobald im Begriff gesagt ist, daß die Zueignung und Entziehung aus fremder Detention widerrechtlich und eigenmächtig sein müsse.

sicht, die Sache durch Entziehen aus fremder Detention sich zuzueignen, und wissen (oder zum Zweck des Versuches wenigstens glauben), daß die Sache eine fremde, und die Ergreifung und Zueignung derselben wider Willen des Berechtigten sei. In Beziehung auf den subjectiven Thatbestand nämlich gilt durchaus, was das römische Recht über den subjectiven Thatbestand des Furtum festsetzt [237]), nur angewendet auf den beschränkteren Umfang des teutschen Diebstahls [238]). Aber eben darum ist es nicht nöthig, den animus lucri faciendi noch besonders auszudrücken, wie es die meisten unserer Criminalisten auf eine Weise thun, die zu Mißverständnissen führen muß. Da nämlich zum Diebstahle wesentlich die widerrechtliche Zueignung gehört, und das furtum usus und possessionis von ihm ausgeschlossen sind, so drückt das Requisit, „wissentlich widerrechtliche Zueignung" oder „dolus in dieser Hinsicht," für den Fall des teutschen Diebstahls das vollkommen aus, was die Römer durch ihren animus lucri faciendi bezeichnen wollten. Denn sie wollten dadurch beim furtum ipsius rei doch nichts Anderes ausdrücken, als die widerrechtliche Absicht der Zueignung, im Gegensatze zu der Absicht der bloßen Kränkung, des Verderbens, Zerstörens ꝛc., und sie hätten die Bezeichnung animus lucri faciendi gar nicht nöthig gehabt und sich ihrer wohl auch nicht bedient, wenn derjenige Fall des Furtum, der allein zum teutschen Diebstahle gehört, auch allein zu ihrem Furtum gehört haben würde [239]). Durch jene Bezeichnung wird auch ganz zweifellos, unzweideutig und einfach angedeutet, daß durch die Absicht, die Sache gleich hinterher zu verschenken, oder sie gleich zu verzehren und zu naschen, ohne sich am Vermögen etwas zu ersparen, oder eine bloße Liebhaberei zu befriedigen, keineswegs der Begriff des Diebstahls ausgeschlossen werde [240]), sowie durch sie auch der von Klien, S. 299 und 333, angeführte Fall und der der Selbsthilfe hinlänglich ausgeschlossen wird, da bei der Selbsthilfe der Handelnde sich nicht durch die Handlung die Sache erst widerrechtlich zueignen will [241]).

Dagegen gehen die Ausdrücke, mit welchen Viele den subjectiven Thatbestand theilweise bezeichnen, wie Habsucht oder Gewinnsucht oder gewinnsüchtige Absicht (z. B. Klien, Martin und Feuerbach), oder

---

237) Darüber ist meines Wissens kein Streit. Es gilt daher auch in Beziehung auf Rechtsirrthum das oben bei Note 78 Gesagte. S. auch Hefftter a. a. O. §. 496.

238) Deßwegen muß dolus nicht blos in Beziehung auf die widerrechtliche Zueignung der Sache, sondern auch in Beziehung auf die widerrechtliche Ergreifung der Detention vorhanden sein. Hält daher z. B. Jemand eine Sache für verloren, die es nicht ist, z. B. eine Uhr, welche der Besitzer eines Gartens in demselben liegen läßt, und nimmt sie an sich und eignet sie sich später zu, so ist hier kein teutscher Diebstahl, sondern Unterschlagung vorhanden.

239) Oersted, Grundregeln der Strafgesetzgebung, S. 367—369. Klien, S. 305.

240) S. oben Note 87, 88. Hiermit sind auch, außer einigen Aelteren, die den animus lucri faciendi zu buchstäblich nahmen, und deßhalb die Quellen mißverstanden, unsere Criminalisten einverstanden. S. bes. Klien, S. 304, 308, 309, 324, 339 flg.; Feuerbach, §. 319; Grolman, §. 181.

241) S. auch Anmerkungen zum bayer. Strafgesetzbuche, Bd. 2, S. 103, 104; Hefftter, Lehrbuch §. 496, Note 2.

die Absicht unmittelbar durch den Gebrauchs- oder Tauschwerth der Sache sein Vermögen zu vergrößern (ebenfalls Feuerbach), oder Absicht eines Gewinnes (z. B. Kleinschrot), den Worten nach zu weit, und lassen auf alle Fälle leicht irrige Deutungen zu [242]). Der Vorsatz übrigens, seiner Zeit das Entwendete zu ersetzen, hebt das Dasein des vollendeten Diebstahls eben so wenig auf, als ein auf irgend eine Weise später wirklich geschehener Ersatz [243]).

Ueber die Frage, was zur Vollendung des Diebstahls in objectiver Hinsicht gehöre, war früher viel Streit.

In der neueren Zeit aber ist man über das Princip beinahe durchaus einig geworden. Es gab über dasselbe vier verschiedene Ansichten: einige Aeltere meinten, der Diebstahl sei vollendet, sobald der Thäter die Sache berührt habe (sogenannte Contrectationstheorie). Diese Ansicht stützt sich aber auf eine offenbar falsche Auslegung des Wortes contrectatio und ist schon längst einstimmig verworfen [244]). Andere gingen von der entgegengesetzten Seite zu weit und behaupteten, der Diebstahl sei erst dann consummirt, wenn der Dieb die Sache vom Ort des Diebstahls weggebracht und in seinen Gewahrsam, d. h. nicht Besitz, sondern Aufbewahrungsort gebracht habe (sogenannte Ablationstheorie). Diese Ansicht wurde besonders von den älteren sächsischen Criminalisten vertheidigt, namentlich von Carpzov, Karl Ferd. Hommel, Püttmann u. A. Sie stützten sich dabei auf römisches Recht und auf die Artikel 157 und 167 der P. G.-O. Allein auch sie ist offenbar unbegründet sowohl nach römischem Rechte (s. oben Note 64, 65), als nach der Carolina, die ja gerade im Art. 157 bei Ergreifung des Diebes, ehe er in seinen Gewahrsam kommt, einen vollendeten Diebstahl annimmt. Es wurde auch diese Ansicht namentlich von neueren sächsischen Criminalisten so gut widerlegt [245]), daß sie meines Wissens in den letzten funfzig Jahren in der Theorie keinen weiteren Anhänger gewann. Dagegen ging sie in die Praxis vieler sächsischen Gerichte über, so daß daher diese den offenen Diebstahl, bei welchem der Dieb ergriffen wurde, ehe er die gestohlene Sache an den Ort, wo er sie zunächst bergen wollte, gebracht hatte, als einen blos versuchten Diebstahl be-

---

242) Auch die Art, wie Mittermaier zu Feuerbach in §. 314, Note 5, und §. 319, Note 3, den subjectiven Thatbestand festsetzt, ist viel zu weit; er bezeichnet ihn durch: „Absicht um auf eine nur dem Eigenthümer zustehende Weise über die Substanz der Sache zu verfügen." Dadurch ist namentlich der Fall nicht ausgeschlossen, wenn Jemand eine Sache wegnimmt, um sie dem Eigenthümer zu vernichten (vergl. Krug, Studien, 2. Abth., S. 85), während, wenn man den Thatbestand durch die Absicht, die Sache sich zuzueignen, bezeichnet, der Fall der Vernichtung, wie sich gebührt, selbst dann ausgeschlossen ist, wenn der Thäter dem Eigenthümer die Sache wegnimmt, sie wegträgt und sie nun erst vernichtet, falls er nur keine andere Absicht hatte, als gerade eben sie zu vernichten. Unrichtig ist deßhalb, was über diesen Punkt in der sächsischen Kammer gesagt wurde, s. Krug a. a. O.

243) Klien, S. 313 flg., 335 flg.

244) Klien, S. 260. Mein Lehrbuch Bd. 2, S. 286.

245) Klien, S. 261—267. Jo. Ludv. Guil. Beck, D. de vera furti consummati not. (Lips. 1809, 4.) p. 31 sq.

straften! Dieser Praxis ist nun aber durch die sächsische Strafgesetzgebung ein Ende gemacht worden, indem diese mit Recht die unten angeführte Besitzergreifungstheorie festsetzt. Eine Mitteltheorie zwischen den beiden eben angeführten vertheidigen einige wenige andere Criminalisten. Sie behaupten, ein Bringen der Sache an den Aufbewahrungsort des Diebes sei zur Vollendung des Diebstahls nicht nöthig, wohl aber ein Wegtragen derselben vom Orte des Diebstahls und aus dem Gewahrsam (Haus, Garten ꝛc. nicht blos aus der Detention) des Bestohlenen. Dieser Ansicht sind namentlich Erhard (de furti notione, p. 84 sq.), und Tittmann (Handbuch, §. 406). Tittmann stützt sich auf das römische Recht und dessen Grundsätze über Besitzerwerb und Besitzverlust. Allein das römische Recht ist entschieden gegen ihn (oben Note 64, 65), und die civilistischen Besitzgrundsätze mißversteht er auf eine ganz unbegreifliche Weise [246]). Erhard stützt sich auf Sachsenspiegel Buch 2, Art. 29, wonach das Gestohlene aus der Gewere gebracht worden sein müsse, und auf P. G.-O. Art. 168. Allein daß zur Vollendung des Diebstahls die Sache aus dem Gewahrsam in jenem engeren Sinne herausgebracht worden sein müsse, sagt jene Stelle des Sachsenspiegels nicht (oben Note 200); eben so wenig fordert die Carolina etwas der Art, und dem Wörtchen „hinwegführt" im Art. 168 kann man um so weniger eine solche Bedeutung geben, als man sich dagegen schon auf den Art. 165 und auf die vom offenen Diebstahle sprechenden Stellen berufen kann [247]). Von den Neueren ist auch diese Theorie, so viel ich weiß, einstimmig verworfen [248]). Im Gegensatze zu dieser Ansicht sind die Meisten, besonders die Neueren [249]), dafür, daß zur Vollendung des Diebstahls nichts weiter erforderlich sei, als wirkliche Besitzergreifung der Sache von Seiten des Diebes, ganz nach den civilistischen Grundsätzen über Besitzerwerb (sogen. Apprehensions- oder Ergreifungstheorie). Diese Ansicht ist auch entschieden die richtige (für sie sprechen sich auch die neueren Gesetz-

246) Mein Lehrbuch Bd. 2, S. 287.

247) Klien, S. 252, 266 flg.

248) Auf den ersten Anblick scheint Dollmann, S. 98, 99, sie zu theilen. Allein er sagt am Ende blos: „Der Act des Hinwegtragens muß begonnen haben, und wer im Momente des Contrectirens selbst ergriffen wird, hat den Diebstahl erst versucht." Seine Ansicht ist also eine besondere, zwischen der Besitzergreifungstheorie und der von Erhard und Tittmann in der Mitte stehende. Er sucht sie durch die Worte: hinwegträgt und hinwegführt in Art. 167, 168, der P. G.-O. zu begründen. Allein dagegen kann man wieder schon das bloße Nehmen in Art. 165 anführen; wollte man aber jene Worte ganz wörtlich und als Requisit des consummirten Diebstahls nehmen, so würden sie ja weiter führen, als Dollmann selbst will. Einer ähnlichen Ansicht, wie Dollmann, ist v. Zirkler, in Sarwey's Monatsschrift für württemberg. Justizpflege, Bd. 3, S. 1 flg., auf den Grund des röm. Rechtes und der gemeinrechtlichen Begriffe über Besitzerwerb und Verlust. Daß aber vollends auf dieser Grundlage eine solche Ansicht ganz unrichtig ist, suchte ich zu zeigen im neuen Archiv des Crim.-R. 1840, Heft 2.

249) Wenn man Dollmann ausnimmt (Zirkler vertheidigt ebenfalls die Besitzergreifungstheorie, nur wendet er sie nicht richtig an), wohl alle jetzt lebenden Schriftsteller, welche diese Frage berührten.

gebungen, namentlich die württembergische und sächsische aus). Denn durch eine solche Ergreifung ist die völlige Entziehung der Sache vollbracht und das römische Recht fordert zur Vollendung des Falles des furtum ipsius rei, welcher den teutschen Diebstahl bildet, nichts weiter, als eine solche Besitzergreifung (oben bei Note 64 und 65), und daß hier nach römischem Rechte zu entscheiden ist, ergibt sich schon aus dem in Note 203 Gesagten. Hat man diese Theorie zu Grunde zu legen, so ist daher der Diebstahl vollendet, sobald der Dieb die willkürliche Einwirkung des bisherigen Besitzers auf die Sache durch eine positive Handlung ausgeschlossen und die Sache in der Absicht, sie sich zuzueignen, ergriffen und in seine Gewalt gebracht hat[250]). Hieraus folgt:

a) Bloße Vorbereitungen zum Ergreifen der Sache, z. B. Aufbrechen eines Kastens, um aus demselben etwas zu stehlen, genügen zur Vollendung des Diebstahls so wenig, als bloße Vorbereitungen zum Wegbringen, wenn der Dieb die Sache selbst noch nicht ergriffen[251]).

b) Hat der Dieb die Sache wirklich ergriffen in der Absicht, sie sich zuzueignen, so ist der Diebstahl vollendet, sollte er auch später seinen Entschluß ändern und die Sache wieder wegwerfen, oder sollte er auch an der Stelle des verübten Diebstahls, z. B. im Zimmer, im Hause des Bestohlenen, sich mit der Sache noch befinden und daselbst ertappt werden.

c) Eben so wenig ist nöthig, daß der Dieb bereits im Begriff war, die Sache hinweg zu tragen (s. Note 248), oder daß er bereits den ganzen Act, den er beabsichtigte, vollendet habe. Erbricht daher Jemand einen Kleiderschrank, dessen ganzen Inhalt er stehlen will, und hat bereits einige Stücke herausgenommen und zum Hinwegtragen hingelegt oder zusammengebunden, und wird nun, während er die übrigen Kleider noch ergreifen und dazu legen will, überrascht: so ist in Beziehung auf die hinweggelegten Kleider der Diebstahl vollendet, sollte er auch an ihrem Hinwegtragen verhindert werden; das Gleiche ist der Fall, wenn Jemand die Frucht eines Feldes stehlen will, und er bereits einen Theil desselben geschnitten und zum Hinwegtragen auf dem Felde hinge-

250) Da mit dem Ergreifen einer beweglichen Sache, um sie in unsere Gewalt zu bringen, stets bis auf einen gewissen Grad ein Wegnehmen derselben, ein Bringen von ihrer Stelle verbunden ist, so kann man auch sagen: zur Vollendung des Diebstahls gehöre, daß der Thäter die Sache von ihrer Stelle hinweg und an sich genommen habe. In diesem Sinne sprechen z. B. die röm. Quellen von loco movere.

251) Das bloße Ergreifen reicht aber auch nicht hin; der Ergreifende muß die Absicht haben, die ergriffenen Sachen sich zuzueignen. L. 22. §. 1. D. de furt. Erbricht daher Jemand einen Kleiderschrank, um einige von den Kleidern zu stehlen, und nimmt er zu diesem Zwecke alle Kleider aus dem Schranke, wirft sie auf den Boden, um erst die Auswahl der Sachen, die er behalten will, zu treffen, so ist, wenn er in diesem Augenblicke ertappt wird, der Diebstahl noch nicht consummirt. Denn hier hatte er noch bei keinem der ergriffenen Kleidungsstücke wirklich die Absicht gehabt, es zu behalten.

legt hat, und er nun ergriffen oder sonst durch irgend etwas bestimmt wird, das Hingelegte im Stiche zu lassen [252]).

Für die Strafe des Diebstahls sind nach gemeinem Rechte folgende Eintheilungen desselben von Wichtigkeit:

1) Einfacher oder gemeiner und gesetzlich ausgezeichneter Diebstahl. Gesetzlich ausgezeichnet sind diejenigen Diebstähle, welche die Gesetze ausdrücklich mit einer Strafe zu bestrafen vorschreiben, die höher (qualificirte Diebstähle), oder die gelinder ist (privilegirte Diebstähle), als die regelmäßige Strafe der Diebstähle. Diejenigen Diebstähle dagegen, bei welchen es in Beziehung auf die Bestrafung bei der Regel bleibt, sind einfache oder gemeine [253]).

2) Großer und kleiner Diebstahl. Schon das ältere teutsche Recht stuft die Strafe des Diebstahls hauptsächlich nach der Größe des Betrages der gestohlenen Sache ab, und zwar besonders je nachdem der Werth des Gestohlenen fünf Solidi und mehr, oder je nachdem er weniger beträgt [254]). Diese Unterscheidung behält auch die P. G.-O., Art. 160 u. 157, bei. Nach ihr ist großer Diebstahl derjenige, dessen Werth fünf Gülden oder mehr beträgt, kleiner derjenige, dessen Werth diese Summe nicht erreicht. Hierbei ist noch zu bemerken:

a) Was die Carolina unter Gülden versteht, ist zweifelhaft. Die Praxis hat sich aber seit längerer Zeit aufs Entschiedenste dafür ausgesprochen, daß unter fünf Gülden der Werth von fünf ungarischen Ducaten zu verstehen sei. Hierbei rechnen manche Gerichte noch das schwankende Agio hinzu, andere nicht [255]). Die offenbar irrige Ansicht einiger

---

252) Näheres hierüber in meiner Abhandlung über Consummation des Diebstahls im neuen Archiv des Cr.-R. 1840, H. 2.

253) Diese Eintheilung wird in sehr verschiedenem Sinne genommen; vergl. z. B. Klien, S. 363; Tittmann, Handb. §. 417. Keinen Zweifel möchte es aber doch leiden, daß, wenn man die Verbrechen überhaupt in gesetzlich auszeichnete (und diese in qualificirte und, freilich nicht passend, sogen. privilegirte) und einfache eintheilt, und man diese Eintheilung auf ein einzelnes Verbrechen (wie Diebstahl, Mord ꝛc.) anwendet, man sie dann doch consequenter Weise in demselben Sinne auf das einzelne Verbrechen anwenden muß, in welchem Sinne man sie bei dem Verbrechen überhaupt aufstellte. Hiergegen fehlen aber Manche auf eine unbegreifliche Weise, so namentlich Feuerbach, Lehrbuch §. 323, vergl. mit §. 26 eod. Auch manche Gerichte haben oder hatten hier einen eigenen Sprachgebrauch. So nannte die württemb. Praxis qualificirt blos die sogen. gefährlichen Diebstähle, also blos einige Fälle der gesetzlich ausgezeichneten und zwar qualificirten Diebstähle (ebenso die meisten älteren Criminalisten und die sächsischen Gerichte), und bezeichnete durch „Diebstähle unter erschwerenden Umständen" oder „ausgezeichnete Diebstähle" solche (gesetzlich nicht qualificirte) Diebstähle, bei welchen besondere Straferhöhungsgründe (z. B. unten Note 299, 300) vorliegen, weßhalb die gewöhnliche Strafe des einfachen Diebstahls bei ihnen etwas zu steigern ist.

254) Vergl. den sogen. ersten Landfrieden Friedrich's I. §. 21 (neue Samml. der Reichsabschiede Th. 1, S. 9); Sachsensp. B. II. Art. 13. 28. 29; Schwabensp. CXVI. 2. 3., und Cropp a. a. O. S. 313 flg., 326 flg.

255) So nahm z. B. die württemb. Praxis bis zur Erlassung des neuen Strafgesetzbuches stets 27½ Gulden für den geringsten Betrag des großen Diebstahls.

Aelteren, daß zum großen Diebstahle stets ein Werth von mehr als fünf Gülden erfordert werde, verwirft schon längst Doctrin und Praxis.

b) Bei der Frage, ob der Diebstahl ein großer sei, darf man nicht den gesammten Schaden, den der Bestohlene durch die Handlung des Diebes erlitt, zu Grunde legen, sondern blos den gemeinen wahren Werth der gestohlenen Sache, den sie zur Zeit des Diebstahls hatte, und zwar, wenn sie durch Trennung von einer anderen Sache gestohlen wurde, den, den sie nach ihrer Trennung hatte. Wenn daher z. B. Jemand einen tragbaren Baum, der als solcher zehn Ducaten werth ist, abhaut, um das Holz zu stehlen, und das abgehauene Holz ist blos zwei Ducaten werth, so hat er nur einen kleinen Diebstahl begangen. Dieß ergibt sich schon daraus, daß die Carolina den besonderen Schaden, welchen der Bestohlene durch den Diebstahl erlitt, sein Interesse überhaupt blos bei der näheren Festsetzung der Strafe des großen Diebstahls, d. h. also des — abgesehen von jenem besonderen Schaden — schon an sich als groß erwiesenen Diebstahls, zu berücksichtigen vorschreibt [256]).

c) Wenn der Dieb den Werth der Sache nicht kannte, und derselbe weit höher ist, als er sich ihn dachte, so ist doch der höhere Werth als gestohlen anzunehmen, sobald er, was gewöhnlich der Fall sein wird, die Absicht hatte, die Sache jedenfalls zu stehlen, sollte sie auch mehr werth sein (dolus indeterminatus). Nur wenn er ganz gewiß die Sache nicht gestohlen hätte, falls ihm der höhere Werth bekannt gewesen wäre, kann man bei der Entscheidung, ob ein großer Diebstahl vorhanden sei, blos den geringeren Werth, den er stehlen wollte, zu Grunde legen [257]).

d) Stehlen Mehrere mit einander, so ist Jedem der volle Betrag des gemeinschaftlichen Diebstahls anzurechnen. Die teutsche Praxis hat hier aber meist den Grundsatz, die Summe des Gestohlenen unter die einzelnen Miturheber in der Regel nach Köpfen [258]) zu theilen und die Einzelnen nur dann eines großen Diebstahls für schuldig zu erklären, wenn der ihn treffende Antheil für sich fünf Ducaten beträgt. Dieser auffallende Grundsatz widerspricht aber aufs Entschiedenste den bei der Mitur-

256) Art. 157, 160, und besonders Konopak, im älteren Archiv des Cr.-R., Bd. 5, St. 2, S. 138 flg., 145 flg. Hieraus ergibt sich auch, daß beim Diebstahle von Urkunden, wenn es sich um die Frage handelt, ob der Diebstahl ein großer sei, der Tauschwerth der Urkunde an sich zu Grunde zu legen ist, also bei Schuldurkunden, wenn sie nicht au porteur gestellt sind (denn in diesem Falle beträgt ihr Werth, wie beim Papiergelde, den Betrag der ausgedrückten Summe), und bei Quittungen nicht der Betrag der Schuld. S. die in Note 227 angef. Stellen. Allerdings kommt aber dieser Betrag, und überhaupt das individuelle Interesse des Bestohlenen in Betracht, bei der Ausmessung der Strafe des, abgesehen von diesem Betrage, als groß oder klein ermittelten Diebstahls.

257) Klien, S. 319, 333 flg.

258) Diese Praxis ging auch in einzelne ältere Particulargesetze über, z. B. in Sachsen, constitut. electoral. IV. 32. und Rescript v. 14. Dec. 1730 (in Jul. Weiske's sächs. Strafges., S. 70). Manche Gerichte sahen zunächst auf die Theilung, welche die Diebe unter sich machten, und erst, wenn keine solche vorfiel, auf die Kopfzahl. Hofacker, Jahrb. der württemb. Gesetzgebung, Bd. 1, S. 109 flg.

heberschaft geltenden allgemeinen Grundsätzen, wie sie die Praxis selbst bei anderen Verbrechen anerkennt, und einzelnen Aussprüchen der Quellen[259]), und er ist deßhalb auch von der neueren Doctrin allgemein verworfen, und ebenso von den neuesten Legislationen, z. B. der württembergischen und sächsischen[260]).

3) Oeffentlicher oder offener und heimlicher Diebstahl. Die Carolina hatte bei dieser Eintheilung entschieden blos das römische Recht im Auge, nicht auch, wie Manche, z. B. Hepp, Versuche, S. 124, 131 flg., oder gar nicht allein, wie Andere glauben, das teutsche Recht über handhafte That. Der Begriff der handhaften That ging namentlich beim Diebstahle viel weiter, und die Unterscheidung hatte blos prozessualische Beziehung. Die Carolina, Art. 158 — 161, beschreibt den offenen Diebstahl durch: wenn der Dieb, ehe er mit der gestohlenen Sache in seinen Gewahrsam kommt, betreten wird, oder ein Geschrei oder Nacheile macht. Sie unterscheidet hier also zwei Fälle, wenn der Dieb a) wirklich ergriffen wird, ehe er die Sache in seinen Bergungsort brachte, oder wenigstens b) mit Geschrei und auf eine Zusammenlauf erregende Weise verfolgt wird. Somit folgt sie hierin ganz dem römischen Rechte[261]), und es galt daher nach der Carolina über offenen Diebstahl ganz, was oben über furtum manifestum gesagt wurde. Ueber die Frage, warum die Carolina diese Unterscheidung mache und den offenen Diebstahl auszeichne, sind die Ansichten eben so verschieden, wie über die gleiche Frage in Beziehung auf das römische Recht. Es ist dieses zu bewundern, denn die Carolina beantwortet diese Frage ausdrücklich. Sie sagt: daß wegen des großen Aufsehens und Aergernisses, welches der offene Diebstahl mache, derselbe härter zu bestrafen sei[262]). Uebrigens verwirft man beinahe durchaus in Teutschland schon seit längerer Zeit die härtere Bestrafung des offenen Diebstahls und beachtet somit diesen Unterschied nicht mehr[263]), und wenn Martin, Lehrbuch §. 150, sagt, daß die gesetzwidrige Praxis, die diesen Unterschied gar nicht beachte, unerheblich sei, so hat sie sich bis jetzt wenigstens auf das Entschiedenste im Rechtsprechen geltend gemacht.

---

259) L. 21. §. 9. D. de furt.

260) Ueber die Frage, ob bei concurrirenden mehreren Diebstählen ihr Betrag zusammenzurechnen ist, s. unten noch Note 282.

261) Denn auch der Fall unter b gehörte zum furtum manifestum (vergl. die oben Note 89 angef. Stellen), und es ist daher unrichtig, wenn Manche, wie Klien (S. 349), Martin (§. 150), Hepp (Versuche, S. 126), Abegg (im neuen Archiv, Bd. 14, S. 432) glauben, daß die P. G.-O. hier weiter gehe, als das röm. Recht. S. auch v. Schirach, über das furt. man. etc., im neuen Archiv, Bd. 10, S. 36—46.

262) „Und beschwerd ja die gemelt auffrur vnd berüchtigung die That." Art. 158. Klien a. a. O.

263) Schon vom 17. Jahrhundert an. Daß er in der neueren Zeit in einem Gerichte angewendet worden sei, bezeugt Abegg, a. a. O. S. 431, aus Acten, ohne jedoch das Gericht näher zu bezeichnen. Die württemb. Praxis hat diese Rücksicht längst verworfen, und in den Ländern des gemeinen Rechtes wird es wohl beinahe durchgängig so sein. Nach der sächsischen Praxis wurde der offene Diebstahl sogar gelinder gestraft, weil sie hier nur einen Versuch des Diebstahls annahm.

Auch die neuesten teutschen Legislationen folgten hierin dieser Praxis und nicht der Carolina.

Was die Bestrafung des einfachen Diebstahls betrifft, so bestimmt in dieser Hinsicht die P. G.-O., Art. 157, 158, 160, Folgendes.

Beim kleinen heimlichen Diebstahle soll der Thäter dem Beschädigten das „Zwiespil" bezahlen, und wenn er dazu unvermögend sei, einige Zeit lang in den Kerker gesetzt werden.

Ueber die Auslegung dieser Bestimmung des Art. 157 ist viel Streit. Manche verstehen unter dem Zwiespil nur ein simplum als Strafe, also das duplum mit Einschluß der Sache selbst[264]). Allein dieses läßt sich aus der Stelle nicht entnehmen, und dagegen spricht schon der Umstand, daß beim offenen Diebstahle die Carolina offenbar das römische quadruplum im Auge hat, und somit aller Wahrscheinlichkeit nach auch hier das römische duplum, also die reine Privatstrafe. Wiederum soll nach der Ansicht Vieler neben der Privatstrafe noch eine Buße an den Richter bezahlt werden. Die Bambergensis bestimmt dieß, allein in der Carolina ist es weggelassen; nur steht am Schlusse des Artikels eine damit nicht harmonirende Stelle aus der Bambergensis, nach welcher der Beschädigte mit der Privatstrafe der Geldbuße der Obrigkeit vorgehen soll, und hier könnte man allerdings streiten, ob jene Hinweglassung, oder ob vielmehr die Aufnahme der letzteren Stelle unabsichtlich war und aus bloßem Versehen geschah; und wirklich nehmen Viele das Erstere an[265]). Allein daß das Letztere richtig ist und die Hinweglassung absichtlich war, die Carolina also eine öffentliche Strafe nicht wollte, ergibt sich besonders aus den Aenderungen, die sie im folgenden Artikel in gleicher Weise in der Bestimmung der Bambergensis traf[266]).

War der kleine Diebstahl ein offener, so soll er mit Pranger, Staupenschlag und Landesverweisung bestraft werden; nur wenn der Dieb eine solche ansehnliche Person sei, bei welcher Besserung zu hoffen, könne dieser Strafe mit Verwilligung der höheren Staatsgewalt[267]) eine bürgerliche Strafe, Zahlung des Vierfachen an den Beschädigten, substituirt werden (Art. 158).

Beim großen Diebstahl soll eine Strafe an Leib oder Leben eintreten, und der Richter hierbei Rücksicht nehmen a) auf den Werth des Diebstahls, d. h. auf den Betrag des großen Diebstahls an sich, ob er den geringsten Betrag eines großen Diebstahls oder mehr und wie viel

---

264) Z. B. Hefter, Lehrb. §. 498, Note 1.

265) Unter den Neueren z. B. Feuerbach, Lehrb. §. 329, und Mittermaier, zu Feuerbach, §. 329, Note. Heffter a. a. O.

266) Und auch aus den Aenderungen, die sie noch sonst im Art. 157 an den Bestimmungen der Bambergensis traf, welche neben der öffentlichen Geldstrafe sogar noch Gefängnißstrafe und Landesverweisung festsetzt (woraus sich auch der Schluß des überhaupt nachlässig redigirten Artikels und die Urphede in demselben erklärt). S. auch Herm. Jul. Kittler, corp. iur. crim. p. 211; Roßhirt, Lehrb. §. 172.

267) Walch, Glossarium, voc. Oberkeyt.

mehr beträgt[268]); b) wie schädlich dem Beschädigten der Diebstahl sein möge, d. h. welchen Schaden außer der Entziehung des objectiven Werthes der Sache der Beschädigte durch den Diebstahl sonst noch erlitt, also sein ganzes übriges Interesse, lucrum cessans etc.; bestritten ist, ob darunter auch die Rücksicht auf die größere oder geringere Empfindlichkeit enthalten sein soll, die der Diebstahl für den Bestohlenen, z. B. wegen Armuth hat[269]); c) der Stand und das Wesen der Person[270]), und endlich d) ob der Diebstahl ein offener oder ein heimlicher war[271]). Aus der Fassung der Carolina ergibt sich, daß sie auf das erste und das zuletzt angeführte Moment das meiste Gewicht legt; ferner folgt aus der Rücksicht, die auf den besonderen Schaden des Bestohlenen genommen werden soll, daß ein Ersatz dieses Schadens, sei er vom Diebe selbst freiwillig oder nicht, oder von einem Dritten für den Dieb geschehen[272]), eine mildere Ausmessung der Strafe bestimmen muß; auch dürfte sich aus der Rücksicht, die der Richter auf die Verbesserlichkeit des Diebes nehmen soll, ergeben, daß wenn der Dieb die That auf eine Weise ausführte, welche besondere Geflissenheit und Gefährlichkeit beweist, erhöhte Strafe eintreten muß[273]), während dagegen die Berücksichtigung anderer, rein objectiver Momente, z. B. Diebstahl des Pfluges vom Felde, beim Schweigen der Carolina unzulässig ist.

Die Bestimmungen der Carolina sind, wie ihre meisten Strafbestimmungen, durch das entschiedenste Gewohnheitsrecht in Teutschland we-

---

268) Hier sind die oben bei Note 256 flg. angeführten Grundsätze über die Werthbestimmung zu Grunde zu legen.

269) Mein Lehrb. Bd. 2, S. 295. Feuerbach hat in den späteren Ausgaben seines Lehrbuches, §. 331, die dort angeführte Ansicht zurückgenommen. — Uebrigens kommt hier nur der Schaden in Betracht, den der Dieb durch das Stehlen und um des Stehlens willen anrichtete. Martin, Lehrb. §. 152, Note 12.

270) Gewöhnlich bezieht man dieses auf die Verbesserlichkeit des Diebes, und wohl mit Recht. Vgl. P. G.-O. Art. 158.

271) P. G.-O. Art. 160, und besonders Konopak, über d. Momente der Strafbarkeit des großen Diebstahls im älteren Archiv des Cr.-R., Bd. 5, St. 2, S. 137—164. Auch Grolman, Grundsf. §. 193, 203, 204; Martin, Lehrb. §. 152.

272) Manche verlangen freiwilligen Ersatz, aber mit Unrecht. Nur muß der freiwillige Ersatz, wenn er geschieht, ohne durch Einschreiten der Behörde oder des Verletzten veranlaßt zu sein, die Strafe noch in weit größerem Grade mindern, weil er dann einen Beweis für die geringere Verdorbenheit des Diebes bildet, also hier dann noch in einer anderen Beziehung die Strafbarkeit sinkt. Abegg, Lehrbuch S. 471. Dagegen ist es zu weit gegangen, wenn Andere den Erlaß der Entschädigung von Seiten des Bestohlenen dem Ersatze gleichstellen. Denn Erlaß ist nichts Anderes, als eine Art Verzeihung, die bei öffentlichen Strafen nichts wirken kann. — Uebrigens kann der nachfolgende Ersatz nicht machen, daß der große Diebstahl in einen kleinen sich verwandelt. Ob nicht aber bei einem, zugleich mit der Ausführung des Diebstahls selbst geleisteten Ersatze? z. B. wenn ein reicher Gemäldeliebhaber ein Gemälde, das der Eigenthümer nicht verkaufen will, stiehlt, aber den ungefähren Werth desselben in Geld an seine Stelle legt.

273) Z. B. in den unten bei Note 299—302 u. 306 angef. Fällen.

sentlich modificirt worden. In dieser Hinsicht wird sich wenigstens Folgendes mit Bestimmtheit behaupten lassen.

1) Auf die Privatstrafe wird nicht mehr geklagt, und würde auch auf dieselbe je eine Klage angestellt werden wollen, so würde doch von keinem Gerichte darauf erkannt werden; vielmehr wird stets auf öffentliche Strafe erkannt.

2) Auf Todesstrafe wird beim einfachen Diebstahle nie mehr erkannt.

3) Bei der Ausmessung der Strafe des einfachen Diebstahls wird beinahe von keinem Gerichte mehr auf den Umstand als Erschwerungsgrund Rücksicht genommen, ob der Diebstahl ein offener war[274]).

4) Auf öffentliche Geldstrafe erkennen die Gerichte beim Diebstahle nicht, sondern nur auf Freiheitsstrafe, und in manchen Orten wohl auch auf körperliche Züchtigung. Welches Strafmaß aber die Gerichte anwenden, darüber läßt sich etwas allgemein Giltiges nicht sagen. Denn von einer harmonirenden gemeinen Praxis läßt sich hier nicht sprechen. Zwar wird sich bei der Häufigkeit des Verbrechens bei den einzelnen Gerichten hierüber eine ziemlich feste Praxis gebildet haben; allein sie ist in den verschiedenen Theilen Teutschlands höchst verschieden, so daß die näheren Angaben über das Maß, welches die Praxis befolge, die in einzelnen Schriften, z. B. bei Tittmann, sich finden, so fern es sich von einer gemeinen Praxis handelt, gewiß ganz unzutreffend und unzulässig genannt werden können. Auch bestimmten in manchen Staaten des gemeinen Rechtes Landesgesetze hier wenigstens Einzelnes über die Strafe, so daß man die Urtheile der unter diesen stehenden Gerichte nicht als Beitrag zur gemeinen Praxis betrachten kann[275]).

5) Der oben angeführte Milderungsgrund des Ersatzes wird wohl allgemein anerkannt.

6) Daß der Versuch eines kleinen heimlichen Diebstahls strafbar sei, ließe sich wohl mit Grund aus dem Art. 178 der Carolina bestreiten, selbst wenn man der Privatstrafe des Art. 157 eine öffentliche Strafe substituirte. Allein die Praxis unserer Gerichte bestraft durchaus jeden Diebstahlsversuch. Den Versuch eines großen Diebstahls wird man aber nur dann annehmen können, wenn erwiesen ist, daß der Dieb auf die Entwendung von Sachen ausging, deren Betrag den eines großen Diebstahls erreicht[276]).

---

274) S. oben Note 263.

275) So war es im Königreich Sachsen, wo ein Diebstahl von mehr als 6½ Thlr. mit 4 Jahren, von mehr als 12½ Thlr. mit 8 Jahren, und von mehr als 50 Thlr. mit 10 Jahren Zuchthaus bestraft wurde. Aber auch in Urtheilen für das Ausland (nach gem. Rechte) erkannten die sächsischen Dikasterien beim großen Diebstahle, auch wenn sein Betrag nicht sehr bedeutend war (z. B. 25—30 Thlr.), auf 2 — 4 Jahre Zuchthaus, während die württemb. Gerichte (hier ganz auf gemeines Recht gewiesen) drei Monate Festung, später etwa 3½ Monate Arbeitshaus als Minimum der Strafe des großen Diebstahls annahmen, und noch nicht einmal bei einem Diebstahle von hundert Gulden auf ein Jahr Freiheitsstrafe erkannten.

276) Freilich wollen die Diebe meist nehmen, so viel sie finden, und inso-

7) Ueber die Folgen des Diebstahls in Beziehung auf die Ehre des Thäters sagt die Carolina nichts. Allein man wird ohne Zweifel annehmen müssen, daß hier das römische Recht eingreift und jeder wegen Diebstahls Verurtheilte infam wird[277]).

Qualificirte Diebstähle. Qualificirt sind nach gemeinem teutschen Rechte:

I) der zweite und dritte Diebstahl. Die Carolina bestimmt (Art. 161): wenn Jemand zum zweiten Mal stehle und der zweite Diebstahl selbst mit Hinzurechnung des früheren Diebstahls einen großen Diebstahl nicht erreicht, so soll der Thäter doch mit Pranger und Landesverweisung oder mit Confination bestraft werden. Wenn aber (Art. 162) Jemand zum dritten Mal gestohlen hat, so soll er „als ein merer verläumbter Dieb" mit dem Tode bestraft werden.

Bei Auslegung dieser beiden Artikel[278]) entsteht zunächst die Frage, ob sie von der Concurrenz mehrerer (noch unbestrafter) Diebstähle, oder ob sie vom Rückfall, d. h. der Begehung eines Diebstahls nach früher schon erlittener Bestrafung wegen Diebstahls, oder ob sie von Beidem sprechen. In keinem Falle kann man sie, wie Manche wollten, trennen, d. h. den Art. 161 auf die bloße Concurrenz, den Art. 162 dagegen auf den Rückfall beziehen; denn beide Artikel bezeichnen den Fall, von dem sie sprechen, auf völlig gleiche Weise, nur daß der eine vom zweiten, der andere vom dritten Acte spricht, und so läßt sich in keiner Weise annehmen, daß, nachdem der Art. 161 von der Concurrenz zweier Diebstähle gesprochen hat, nun der Art. 162 ganz mit denselben Worten, deren der Art. 161 sich bedient, auf einen völlig verschiedenen Fall, auf den des Rückfalles überspringe[279]). Die Hauptfrage selbst aber, welchen Fall diese Artikel im Auge haben, ist eine zweifelhafte, und zu völliger Gewißheit wird man wohl über diesen Punkt nicht kommen. Es würde hier zu weit führen, die Gründe für und gegen genauer zu ent-

---

fern hat ihre Stimmung rücksichtlich der Summe in der Regel keine Grenze. Allein offenbar wäre es doch zu weit gegangen, wegen einer solchen allgemeinen Stimmung bei einem nicht ausgeführten Diebstahle im Zweifel den Versuch eines großen (und eines wie großen?) anzunehmen. Wenn aber z. B. Jemand hört, daß in einem Zimmer 100 Thlr. liegen oder ein werthvoller Ring zu finden sei, und er schleicht sich hinein, um jene Sachen zu stehlen, so liegt im ersteren Falle der Versuch eines Diebstahls von 100 Thlrn., im letzteren der Versuch eines Diebstahls der dem wahren Werthe des Ringes gleichkommenden Summe vor. Ebenso wäre es, wenn der Dieb nur im Allgemeinen erfahren hatte, daß X bedeutende Summen besitze, und er einen Versuch machte, diese bei X zu stehlen, oder er in das Waarenlager eines Juweliers einbricht.

277) Meine Schrift über die Strafarten ꝛc. S. 239 flg. Hiefür war auch bis zum Strafgesetzbuche die entschiedenste württemb. Praxis; vergl. auch Sarwey, Monatsschrift für württemb. Justizpflege, Bd. 1, S. 195 flg.

278) Ueber den Art. 162 sind besonders zu vergleichen: Konopak, über den dritten Diebstahl im älteren Archiv, Bd. 5, St. 2, S. 119—136; Bd. 7, S. 145 flg., 268 flg. Gust. Hohbach, Beiträge zum Strafgesetzbuch (Leipzig 1836), S. 263—289. Auch Abegg, praktische Bemerkungen zur Lehre vom wiederholten Diebstahle, im neuen Archiv des Cr.-R. 1834, S. 415 flg.

279) Mein Lehrbuch des Strafrechtes, Bd. 2, S. 311. Dieß scheint auch Roßhirt (Geschichte u. System ꝛc., Bd. 2, S. 312) nicht beachtet zu haben.

wickeln, und ich erlaube mir daher, in Beziehung auf die Gründe für die Ansicht, daß jene Artikel blos vom Rückfall sprechen, auf Konopak, mein Lehrbuch und besonders auf Hohbach[280]), und in Beziehung auf die Gründe für die Ansicht, daß jene Artikel nicht blos vom Rückfall, sondern auch von der Concurrenz sprechen, d. h. die Straffsteigerung nicht blos bei bereits vorangegangener Bestrafung, sondern auch bei der bloßen Concurrenz zweier oder dreier noch unbestrafter Diebstähle aussprechen, wieder auf die gründliche Ausführung von Hohbach[281]) zu verweisen. Indessen wird man wohl annehmen können, daß der Gebrauch unserer meisten Gerichte die mildere Deutung vorzog und die Artikel blos auf den Rückfall anwendete, was auch, wenn man die Frage für eine zweifelhafte hält, jedenfalls zu vertheidigen war. Namentlich ging die württembergische Praxis und wohl durchaus die Praxis Süddeutschlands von diesem Grundsatze aus, ebenso auch entschieden die sächsische Praxis (bei Verspruchsachen für das Ausland) und die hannöversche[282]). Dieses nun als geltendes gemeines Recht vorausgesetzt, würde sich Folgendes ergeben.

1) Bei der Concurrenz mehrerer noch unbestrafter Diebstähle bleibt es ganz bei den allgemeinen Grundsätzen, die von der Bestrafung concurrirender Verbrechen überhaupt gelten. Es dürfen daher die Summen der verschiedenen Diebstähle nicht zusammengerechnet werden, um daraus einen großen Diebstahl zu bilden, sondern für jeden einzelnen Diebstahl ist nach seinen eigenthümlichen Momenten die Strafe besonders zu berechnen, und die so gefundenen Strafen sind dann zusammen zu rechnen; ob mit einem Abzug, dabei kommt es auf die allgemeinen Grundsätze an, die man bei der Concurrenz der Verbrechen überhaupt vertheidigen zu müssen glaubt[283]).

2) Der Ausdruck zweiter und dritter Diebstahl wird hiernach nur auf den Fall des Rückfalles zu beziehen sein, und bei der bloßen Concurrenz mehrerer Diebstähle von einem zweiten Diebstahle im technischen Sinne noch nicht gesprochen werden können. Hiernach wäre erster Diebstahl im technischen Sinne ein oder mehrere Diebstähle, welche ein wegen Diebstahls noch nicht Bestrafter beging, — zweiter Diebstahl im technischen Sinne derjenige Diebstahl, oder diejenigen mehreren Diebstähle (denn Concurrenz kann sich ja wohl mit dem Rückfalle verbinden), welche Jemand beging nach einmal erlittener Bestrafung wegen Diebstahls, — dritter Diebstahl derjenige oder

---

280) Konopak a. a. O. Mein Lehrbuch Bd. 2, S. 302—317. Hohbach a. a. O. S. 265—274.

281) Hohbach a. a. O. S. 274—288. Durch diese Ausführung ist mir die Frage wenigstens zweifelhaft geworden. Was Mittermaier (zu Feuerbach §. 332, Note 1) über die italienischen Juristen sagt, ist wohl nicht ganz richtig; s. Hohbach a. a. O. S. 283.

282) Ueber das Letztere s. die Nachweisungen von v. Bothmer, in Hitzig's Annalen, Bd. 9, S. 248 flg.; vergl. auch mein Lehrbuch Bd. 2, S. 312 u. 313.

283) Mein Lehrbuch Bd. 2, §. 190, Note 65; §. 191, Note 70; §. 193, Note 82.

Digitized by Google

diejenigen mehreren Diebstähle, welche Jemand nach schon zweimal erlittener Bestrafung wegen Diebstahls verübte.

3) Dieser Rückfall bildet einen bedeutenden Strafschärfungsgrund, so daß beim dritten Diebstahle unbedingt Todesstrafe eintreten soll. Allein diese Strafbestimmung der Carolina wird von der Praxis nicht festgehalten. Schon früh suchte man sie durch allerhand Deutungen wenigstens zu modificiren, forderte z. B., daß die drei Diebstähle zusammen dem Betrage eines großen gleichkommen müssen; später aber setzte man sich entschieden geradezu über die Strafe der Carolina hinweg und ersetzte sie durch eine arbiträre. So kam es, daß man nun nicht blos einen zweiten und dritten, sondern auch einen vierten, fünften u. s. w. Diebstahl (beim dritten, vierten ꝛc. Rückfall) unterscheiden konnte. Allein über das Strafmaß, welches die Praxis in Teutschland befolgte, läßt sich auch hier wieder etwas Uebereinstimmendes nicht angeben. Selbst in den hier zu befolgenden Grundsätzen sind die Gerichte nicht einig, indem manche beim Rückfall die früher erlittene Strafe unbedingt zu Grunde legen und dann dieselbe noch mit einem Zusatze verschärfen, der mit der Art und Größe des neuen Diebstahls im Verhältniß steht, so daß also der neue Diebstahl jedenfalls härter bestraft wurde, als der früher bestrafte, — andere Gerichte dagegen zuerst für den neuen Diebstahl nach seinen eigenthümlichen Momenten die Strafe berechnen und dann in Rücksicht auf die vorangegangene Bestrafung einen mit der Größe derselben im Verhältniß stehenden Zusatz jener Strafe beifügen, so daß die Strafe des neuen Diebstahls auch geringer sein kann, als die früher erlittene Strafe, — andere Gerichte endlich den letzteren Grundsatz beim zweiten und dritten, den ersteren Grundsatz dagegen beim vierten und den weiteren Diebstählen befolgen [284]). Nur darin stimmen sie miteinander und mit dem Sinne der Carolina überein, den Rückfall beim Diebstahle als einen bedeutenden Schärfungsgrund zu behandeln, und zwar bei dem zweiten Rückfalle, dem dritten Diebstahle, verhältnißmäßig weit mehr zu schärfen, als beim ersten Rückfall. Vom Maße der Carolina wird aber so sehr abgewichen, daß z. B. die württemb. Praxis eine Freiheitsstrafe von sieben bis acht Monaten Arbeitshaus als das Minimum für den dritten Diebstahl annahm! Ob die vorangegangenen Verbrechen und Bestrafungen im Auslande stattfanden oder im Inlande, das kann natürlich keinen Unterschied bewirken [285]). Jedenfalls aber muß, wenn die volle Rückfallsstrafe eintreten soll, die früher erkannte Strafe auch vollständig erstanden worden sein [286]). Dabei nahmen auch in der neueren Zeit manche Gerichte an, daß zum Eintritt der in der Praxis der Gerichte üblichen Strafe des dritten Dieb-

---

284) Selbst die Gerichte eines und desselben Landes schwanken auf diese Weise; s. z. B. über die württemb. Praxis Hohbach a. a. O. S. 302.

285) Dieses gibt auch die Praxis zu; Abegg a. a. O. S. 422 flg.; v. Bothmer a. a. O.

286) Abegg a. a. O. S. 432 flg. Uebrigens wird dieser Grundsatz von den Gerichten nicht durchaus festgehalten. Ueber die Frage, ob, wenn eine außerordentliche Strafe wegen nicht vollständigen Beweises vorangegangen, dadurch auch die Rückfallsstrafe begründet werde, s. Abegg a. a. O. S. 416 flg.

stahls erforderlich sei, daß die drei Diebstähle zusammen wenigstens den Betrag eines großen ausmachen, oder daß unter den zwei vorhergegangenen Strafen wenigstens eine Zuchthausstrafe gewesen sei[287]).

II) Sogenannter gefährlicher Diebstahl. Die Carolina zeichnet den Diebstahl durch Einsteigen, Einbrechen oder mit Waffen durch härtere Bestrafung aus, und nennt ihn einen „geflissenen geuerlichen Diebstahl" (Art. 159). Unsere Criminalisten leiten die Qualification dieser Diebstähle nach dem Sinne der Carolina zunächst ab von einer besonderen Gefahr (periculum) bald für Eigenthum, bald für die Person, bald für Beides, und folgern aus diesem Erklärungsgrunde manches nicht Unwichtige für den Thatbestand der hierher gehörigen Diebstähle. So meinen viele Aeltere, und führte später besonders Grolman[288]) aus, der gemeinsame Grund der Auszeichnung dieser drei Diebstähle sei Gefahr für Personen, selbst auch bei den Diebstählen durch Einsteigen und Einbrechen, weil bei diesen der Dieb sich den Weg zur ungehinderten Flucht versperre und daher, wenn er ertappt wird, Gefahr für Personen besorgen lasse. Andere behaupten, der Diebstahl durch Einsteigen und Einbrechen sei qualificirt wegen der Gefährlichkeit des Diebes für das Eigenthum, der mit Waffen wegen seiner objectiven Gefährlichkeit für Personen. Diese Ansicht vertheidigte besonders Feuerbach, nur daß er die Gefährlichkeit beim Einsteigen und Einbrechen nicht auf das Eigenthum beschränkt, sondern auf die ganze Rechtsordnung bezieht[289]). Endlich behaupten Einige, der gemeinsame Grund der Auszeichnung dieses Diebstahls sei die subjective Gefährlichkeit des Diebes für die allgemeine Sicherheit. Für diese Ansicht ist besonders Konopak[290]). Der Hauptbeweis bei allen diesen Ansichten, deren letztere im Resultate dem Richtigen sich am meisten nähert, ist das Wörtchen geuerlich der Carolina, das durch periculosum oder gefahrbringend übersetzt wird, und der Streit betrifft dann nur den Grund und das Object dieser Gefahr. Allein jene Uebersetzung des Wörtchens geuerlich ist eine entschieden unrichtige, indem geuerlich nach dem Sprachgebrauche der Carolina, und überhaupt des 12. Jahrhunderts nicht periculosum, sondern dolus malus bezeichnet[291]). Durch geflissenen gefährlichen Diebstahl will also die Carolina einen solchen bezeichnen, in welchem der Beweis eines besonders großen Grades von dolus des Diebes liegt. Nimmt man diese Auslegung an, so ergibt sich, daß der Art. 159 die angeführten Diebstähle eben darum qualificirt, weil ein Dieb durch freches Ueberwinden großer Hindernisse, sowie durch die Absicht, Waffen beim Diebstahle im Nothfall zu gebrau-

287) Weder das Eine noch das Andere nahm die württembergische Praxis an. Nur genügte nach ihr, wenn Rückfall vorhanden sein sollte, eine vorangegangene blos polizeiliche Bestrafung des Diebstahls nicht (bei Diebstahl von 10 Gulden und weniger), sondern es wurde eine von den Gerichten erkannte gefordert.

288) Bibliothek für die peinl. R.-W., Bd. 1, St. 2, S. 45—68.

289) In der angeführten Bibliothek, Bd. 2, St. 1, S. 116 flg., 137 flg., und Lehrbuch §. 334.

290) Im älteren Archiv des Cr.-R. Bd. 5, St. 1, S. 144—151.

291) Näher bewiesen in meinem Lehrbuch Bd. 2, S. 300—302.

chen, einen besonders großen und starken widerrechtlichen Willen an den Tag legt, die Carol. also ganz übereinstimmend mit den allgemeinen Grundsätzen nach der Festigkeit und Größe des widerrechtlichen Willens die Strafe zu erhöhen vorschreibt. Der Thatbestand dieser drei[292]) sogenannten gefährlichen (von Manchen auch mit Unrecht ausschließlich qualificirt genannten, oben Note 253) Diebstähle geht dahin:

1) Diebstahl durch Einsteigen. Hierzu gehört, daß der Dieb zum Zweck des Stehlens[293]) auf ungewöhnlichem Wege durch Steigen in ein Gebäude sich begibt und in dem Gebäude stiehlt. Ob hinauf oder hinab, z. B. in den Keller eines Gebäudes, gestiegen wird, ferner durch welche Mittel, z. B. ob mit Leitern oder nicht, es geschieht, ferner ob hoch oder niedrig, hinauf oder hinab gestiegen wird[294]), ob das Gebäude bewohnt oder unbewohnt ist, darauf kommt es nicht an; in allen diesen Fällen ist der qualificirte Diebstahl durch Einsteigen vorhanden[295]). Dagegen ist ein solcher durch Einsteigen nicht vorhanden, wenn blos in einen Garten oder in einen Hof gestiegen wird[296]), ferner nicht, wenn der Dieb auf gewöhnlichem Wege in das Gebäude gekommen ist und er in demselben steigt, oder nach vollbrachtem Diebstahle aus demselben heraussteigt[297]), ferner nicht, wenn er blos an einem Gebäude hinansteigt und etwas Heraushängendes oder auch durch Hineinreichen in ein offenes Fenster etwas in dem Gebäude Befindliches stiehlt[298]). Uebrigens wird in allen diesen Fällen, in denen die vollen Requisite des gefährlichen Diebstahls zwar nicht vorhanden sind, der Dieb

---

292) Manche Neuere unterscheiden diese drei Diebstähle durch den Ausdruck verwegener (Diebstahl durch Einsteigen), gewaltsamer (Diebstahl durch Einbrechen) und bewaffneter oder eigentlich gefährlicher. Gegen die Behauptung von Kleinschrodt (Abhandl. Bd. 2, S. 119 flg.), nach welcher es eigentlich nur Einen gefährlichen Diebstahl, den durch Waffen, geben soll, und bei demselben nur zu unterscheiden sei, ob der bewaffnete Dieb einsteige, einbreche oder Keines von Beiden thue, s. Feuerbach, an dem Note 289 angeführten Orte, S. 125 flg.

293) Steigt er zu einem anderen Zwecke ein, z. B. um zu einem Mädchen zu kommen, und stiehlt dann nachher bei dieser Gelegenheit im Hause, so ist es kein qualificirter Diebstahl durch Einsteigen.

294) Die württembergische Praxis wich hier insofern ab, als sie zum qualificirten Diebstahle durch Einsteigen verlangt, der Dieb müsse wenigstens sechs Schuhe hoch oder tief gestiegen sein. Richtig ist übrigens die Bemerkung von Heffter (§. 502 u. 506), daß der Ausdruck der Carolina ein bloßes Kriechen auf der Erde, ingleichen ein bloßes Herüberschreiten nothwendig ausschließe.

295) Aeltere und auch manche Neuere, namentlich Grolman, a. a. O., machten hier viele Beschränkungen, aber blos weil sie von der irrigen Voraussetzung ausgingen, daß der Diebstahl für Personen gefährlich sein müsse. Das richtige Resultat erkennen wohl die meisten jetzigen Criminalisten an, s. z. B. Klien, S. 416, 420 flg.; Feuerbach, §. 336; Heffter, §. 502.

296) Die Carolina verlangt Einsteigen in eine Behausung oder Behaltung, Ausdrücke, von denen auch der letztere blos Gebäude bezeichnet. Vergl. Note 301.

297) Heffter, §. 502, Note 5, und Martin, §. 154, Note 7.

298) Beim Hinansteigen sind Einige, z. B. auch Martin, §. 154, Note 10, mit Unrecht anderer Meinung.

aber doch auch eine besondere Geflissenheit an den Tag legte, wie beim Diebstahle durch Steigen über eine Gartenmauer, durch Steigen in einem Gebäude, durch Hinansteigen ꝛc. der oben bei Note 270 angeführte Grundsatz zur Anwendung kommen und daher die Strafe des gemeinen Diebstahls in erhöhtem Maße anzuwenden sein[299]).

2) Diebstahl durch Einbrechen. Hierzu gehört, daß der Dieb zum Zweck des Stehlens mit Gewalt eine Oeffnung in ein Gebäude macht, durch dieselbe in das Gebäude eindringt und im Gebäude stiehlt. Auch hier ist es gleichgiltig, ob das Gebäude ein bewohntes oder unbewohntes ist, an welchem Orte desselben man eingebrochen ist, ferner ob der gewöhnliche Zugang zu dem Gebäude, die Thüre desselben, aufgebrochen oder aufgesprengt, oder an einem anderen Orte eine Oeffnung gemacht wurde, und welcher Mittel sich der Dieb zum Durchbrechen bedient[300]). Dagegen ist es kein qualificirter Diebstahl durch Einbruch, wenn eine Kiste, ein Kasten und dergl. aufgebrochen[301]), oder in einen Garten oder Hof eingebrochen, oder mittelst eines Durchbruches, ohne in das Gebäude selbst einzudringen, von Außen her gestohlen wird (z. B. durch ein durchbrochenes Fenster etwas auf der Fensterbank Liegendes), oder eine Thüre durch Nachschlüssel geöffnet wird[302]).

3) Diebstahl mit Waffen. Zu diesem gehört, daß der Dieb beim Ausgehen auf den Diebstahl Waffen, d. h. Werkzeuge, mit welchen er gewaltsamen Widerstand leisten und Jemand körperlich verletzen kann[303]), in der Absicht[304]) zu sich nimmt, von den Waffen im Nothfall zur

---

299) Dieß erkennt auch die entschiedenste württembergische Praxis an; sie rechnet diese Fälle zu den Diebstählen unter erschwerenden Umständen. Vgl. oben Note 253.

300) Auch hier wollten Manche, besonders Aeltere, und auch noch Grolman, zum Theil ganz unbegründete Beschränkungen machen; s. z. B. die Anführungen in meinem Lehrbuche Bd. 2, S. 303, 305, und bei Feuerbach, §. 335.

301) Viele Aeltere und auch manche Neuere, unter diesen z. B. Martin, §. 154, Note 12, sind hier anderer Meinung, indem sie den Ausdruck der Carolina: Behaltung, auf Kisten, Kästen und dergl. beziehen. Allein daß die Carolina unter Behausung und Behaltung, was schon Gobler durch domicilium, habitatio aut aedes übersetzt, blos Gebäude verstehe, hierüber s. vorzüglich Grolman, in der angeführten Bibliothek, Bd. 1, St. 2, S. 57 flg., auch Klien, S. 413 flg., denen beinahe alle Neuere, und wohl auch die Praxis der meisten Gerichte beistimmen. Allerdings tritt aber auch hier wieder, wie in den bei Note 302 angeführten Fällen, das ein, was bei Note 299 bemerkt wurde.

302) Bei Nachschlüsseln wollte Klien, S. 416, einen Diebstahl durch Einbruch annehmen; die Meisten sind aber mit Recht dagegen. Auch bloßes Ausheben einer Thüre und eines Fensters mit der Hand gehört nicht hierher; Heffter, §. 502, Note 4.

303) Klien, S. 427 flg., Feuerbach, §. 392, und L. 9. L. 11. §. 1. D. ad l. Iul. de vi priv. (48. 6.) L. 3. §. 2. D. de vi. (43. 16.)

304) Feuerbach und auch Roßhirt (Lehrbuch §. 174) behaupteten, der qualificirte bewaffnete Diebstahl sei auch dann vorhanden, wenn der Thäter diese Absicht nicht gehabt habe, wenn er also auch nur zufällig oder aus anderen Gründen bewaffnet gewesen sei. Allein dieses wird blos aus der entschieden unrichtigen Voraussetzung hergeleitet, daß die Carolina bei diesem Diebstahle ledig-

Sicherung seiner Person oder der gestohlenen Sache Gebrauch zu machen. Bestritten ist, ob der qualificirte bewaffnete Diebstahl auch dann vorhanden sei, wenn der Dieb erst am Orte der Entwendung Waffen findet, und sie in der Absicht, davon zum Schutz der Entwendung Gebrauch zu machen, ergreift. Die Meisten bejahen diese Frage[305]). Allein die Carolina verlangt ein Eingehen zum Stehlen mit Waffen, und so muß man, wenn man sich an die Worte des Art. 159 halten will, die Frage verneinen[306]). Daß es zum Gebrauch der Waffen kommt, ist keineswegs nöthig. Selbst wenn der Dieb nach vollendetem Diebstahle überrascht wird, die Waffen wegwirft und mit der gestohlenen Sache entflieht, bleibt der Diebstahl doch ein qualificirter bewaffneter[307]), wenn nur der Dieb in der angegebenen Absicht die Waffen zu sich genommen hatte. Nahm aber der Thäter die Waffen zu sich in der Absicht, Personen, die sich dem Stehlen etwa widersetzen würden, zu vergewaltigen, um so die Entwendung auszuführen, oder nahm er sie zwar in anderer Absicht zu sich, führt aber doch am Orte der That die Entwendung mittelst Gewaltanwendung gegen Personen aus, so ist sein Verbrechen nicht bewaffneter Diebstahl, sondern Raub[308]).

Was die Consummation dieser drei Diebstähle betrifft, so gehört im Uebrigen zu derselben Alles, was zur Vollendung eines Diebstahls überhaupt nöthig ist, namentlich die vollendete Besitzergreifung der Sache[309]). Die Strafe dieser Diebstähle setzt die Carolina theilweise in das Ermessen des Richters, indem sie ein Maximum und Minimum festsetzt, und zwar mit Recht wegen der großen Verschiedenheit der Abstufungen der Strafbarkeit, die hier vorkommen können. Sie bestimmt, daß Todesstrafe (beim Mann der Strang, beim Weib Ertränken) oder wenigstens eine schwere Leibesstrafe, wie Augenausstechen oder Handabhauen, erkannt werden soll[310]). Allein die Praxis hält sich längst nicht mehr an diese Straf-

---

lich die objective Gefahr für Personen im Auge habe. Wohl alle übrigen Criminalisten sind hier anderer oder der richtigen Ansicht.

305) Unter den Neueren z. B. Klien, S. 430 flg., Feuerbach, Lehrbuch §. 337, Martin, Lehrbuch §. 154.

306) Dieser Ansicht sind unter den Neueren Roßhirt, §. 174, Hefftter, §. 502, Mittermaier, zu Feuerbach §. 337. Dafür sind aber jedenfalls die Meisten, daß ein bewaffneter Diebstahl nicht vorhanden sei, wenn die Ergreifung der Waffen nach vollendetem Act des Diebstahls geschah. Uebrigens tritt auch in diesen Fällen wieder der bei Note 273 angeführte Grundsatz ein.

307) Besonders Klien, S. 433 flg.

308) Klien, S. 441 flg.; auch Martin, §. 154 a. E., §. 155, Note 8 (vergl. aber Dens. §. 154, Note 5?).

309) Besonders Klien, S. 434 flg.

310) Art. 159. Vergl. auch Art. 160 a. E., 172, 174. Manche, wie Feuerbach, §. 338, Hefftter, §. 502, glauben, die Carolina setze die Todesstrafe als ordentliche Strafe, die anderen Strafen dagegen als blos außerordentliche fest. Allein dieses ist unrichtig. Martin, §. 155. Nach Art. 160 a. E. scheint es, daß wenigstens für die großen gefährlichen Diebstähle die Todesstrafe die regelmäßige sei, und wirklich nahmen dieses auch Manche an. Allein jene Stelle ist anders zu erklären. Wie nämlich in der Bambergensis, so war im Entwurf der Carolina für den gefährlichen Diebstahl unbedingt Todesstrafe im Art. 159 gesetzt, und darauf bezog sich auch der Schluß des Art. 160,

bestimmungen der Carolina; namentlich wird in der neueren Zeit wohl nie mehr auf Todesstrafe erkannt. Ueber das Maß der Freiheitsstrafe aber, die bei diesen Diebstählen die gemeine Praxis anwendet, gilt ganz das, was oben über die gleiche Frage beim einfachen und beim zweiten und dritten Diebstahl bemerkt wurde. Hat sich auch in einzelnen Gerichten eine ziemlich feste Praxis hier gebildet, so findet sich doch bei den verschiedenen Gerichten der verschiedenen Länder des gemeinen Rechtes und oft bei den verschiedenen Gerichten desselben Landes eine so große Verschiedenheit in dem Maß, daß man von etwas Gemeinsamem hierüber selbst nicht einmal annähernd sprechen kann. So dürfte selbst die Behauptung von Hefftter (Lehrbuch §. 502), daß die Praxis sich meist mit vier- bis zehnjähriger Zuchthaus- oder Festungsstrafe begnüge, nicht zutreffend sein. Denn schon die hannöverschen Urtheile, die v. Bothmer (Hitzig's Annalen Bd. 8, S. 250 flg.) anführt, beweisen, wie Hefftter selbst bemerkt, daß die Praxis oft noch unter diesem Satze bleibe, und noch weit gelinder war die württembergische Praxis, die bei diesen qualificirten Diebstählen der Strafe, die der Diebstahl an sich, ohne Rücksicht auf jene Qualification verdient hätte, wegen des Einbrechens, Einsteigens oder der Bewaffnung noch einen Zusatz von einigen Monaten bis zu zwei Jahren (wenn nicht Mißhandlung von Personen dabei vorkam) beifügte. Die Frage, wann ein Erkenntniß auf den Tod dem Sinne der Carolina am angemessensten wäre, ist jetzt müßig, weil nicht mehr auf Todesstrafe erkannt wird. Bei übrigens gleichen Verhältnissen ist der Diebstahl mit Waffen der strafbarste, dann der durch Einbrechen, und auf der niedrigsten Stufe steht der durch Einsteigen; überhaupt ist bei der Abstufung der Strafe auf den Grad der Hindernisse, welche der Dieb zu überwinden hatte und auf die er sich gefaßt machte, ferner auf etwaige Mißhandlung von Personen, die er nach der Entwendung verübte, und dann auch, jedoch hier in untergeordneter Weise, auf die Größe des Diebstahls und den besonderen Schaden des Bestohlenen [311]) Rücksicht zu nehmen [312]).

III) Kirchendiebstahl oder sogen. Kirchenraub [313]). Die

---

allein später bei der Endredaction wurde die Strafe im Art. 159 abgeändert, und man ließ nur aus Uebersehen den Art. 160 unverändert.

311) So weit dieser Umstand bei der Strafe zu berücksichtigen ist, in so weit muß auch hier der Ersatz eine Verminderung der Strafe bewirken.

312) Vgl. auch hierüber und über die Miturheberschaft Martin, §. 155.

313) Der Kirchendiebstahl wurde besonders in älterer Zeit meist durch Kirchenraub bezeichnet, vergl. auch P. G.-O. Art. 174 a. E. Streng genommen ist freilich diese Bezeichnung unrichtig; denn Kirchenraub ist eigentlich nur dann vorhanden, wenn mittelst Gewalt an Personen eine Entwendung aus Kirchen oder die Entwendung einer res sacra bewerkstelligt wird. Richtig macht aber Roßhirt, Zeitschrift ꝛc. Bd. 1, S. 394, darauf aufmerksam, daß hier der Ausdruck Raub nur emphatisch gebraucht werde, um die objective Qualification des Kirchendiebstahls recht herauszuheben. Allein nichtsdestoweniger muß man den eigentlichen Kirchenraub stets vom Kirchendiebstahle unterscheiden, und besser ist es, jetzt den uneigentlichen Gebrauch des Wortes Kirchenraub für Kirchendiebstahl um so mehr ganz zu vermeiden, als in unseren Zeiten die harten Strafen, welche die Carolina für den Kirchendiebstahl festsetzt, nicht mehr

Carolina [314]) folgt hier nicht dem römischen Begriff von sacrilegium, sondern dem des canonischen Rechtes [315]), und versteht unter Kirchendiebstahl einen Diebstahl, durch welchen die christlich kirchliche Weihe einer Sache verletzt wird, somit den Diebstahl an einer geweihten (consecrirten oder benedicirten) Sache, sei es aus einem geweihten oder nicht geweihten Orte, und den Diebstahl irgend einer Sache aus einem zum Gottesdienste geweihten Orte (Art. 171).

In Beziehung auf die Strafe unterscheidet sie folgende Fälle: 1) Diebstahl einer Monstranz mit der geweihten Hostie soll mit dem Feuertode; 2) Diebstahl goldener oder silberner geweihter Kirchengefäße oder auch von Kelchen oder Patenen, ferner jeder Diebstahl durch Einbrechen oder Einsteigen in ein zum Gottesdienst geweihtes Gebäude [316]), soll mit dem Tode so bestraft werden, daß die Todesart im Ermessen des Richters steht [317]); 3) sonstiger Diebstahl einer ungeweihten Sache aus geweihtem Gebäude und anderer als der vorhin genannten geweihten Sachen soll nach den beim weltlichen Diebstahle festgesetzten Grundsätzen, doch unter übrigens gleichen Verhältnissen immer etwas härter als der weltliche Diebstahl bestraft werden [318]) (Art. 172—174).

---

angewendet werden, und der eigentliche Kirchenraub weit härter bestraft wird, als der Kirchendiebstahl.

314) Literatur: J. H. Boehmer, ius ecclesiast. protestant. lib. V. tit. 17. §. 2—127. Ph. J. Heißler, Erläuterung des 171. und 174. Art. der P. G.-O. aus den Glaubenssätzen und der Liturgie der römischen Kirche, in seinen juristischen Abhandlungen und Erörterungen, 1. Sammlung. Halle 1783. Quellen: P. G.-O. Art. 171—175.

315) Causa XVII. qu. 4. can. 21. §. 2. Das canonische Recht nimmt sacrilegium auch noch in einem viel weiteren, nicht auf Diebstahl sich beziehenden Sinne (Boehmer l. c. §. 43 sq.), der aber zum Glück nicht in unser teutsches Strafrecht überging.

316) Manche behaupten, im Art. 172 werde das Einbrechen in Kirchen zum Zweck des Stehlens, ohne Vollendung des Diebstahls, dem ausgeführten Diebstahle ganz gleichgestellt; allein hiergegen s. Koch, Institutiones iur. crim. §. 228. schol.: Klien, S. 438. Außerdem behaupten auch sehr Viele, unter den Neueren namentlich Feuerbach, §. 345, Heffter, §. 504, Martin, §. 159, die Todesstrafe stehe auch auf dem Diebstahle durch Einsteigen, und dieses wohl auch mit Recht. Zwar sagt der Art. 172 nichts vom Einsteigen, allein es geht aus dem Art. 174 hervor.

317) Die Ansicht Mancher, daß die Todesstrafe nicht unbedingt angeordnet, sondern ihre Verhängung dem Ermessen des Richters anheimgestellt sei, ist wohl unrichtig. Manche verlangen zur Anwendung der Todesstrafe beim Stehlen der angeführten Gefäße und anderer Geräthschaften, daß ihr Werth die Summe eines großen Diebstahls betrage, indem sie den Ausdruck dapffere Stück, im Art. 174, auf diese Weise auslegen. Andere verneinen dieses und behaupten, die dapfferen Stück bedeuten consecrirte Sachen, und die geringen, geweihten Dinge des Art. 174 bedeuten alle blos benedicirte Sachen. Allein sowohl jenes als dieses ist wohl unrichtig. Die Carolina bezeichnet ja ganz genau, was sie unter den dapfferen Stück verstehe, nämlich die einzelnen oben unter Nr. 1 und 2 aufgeführten Sachen; alle übrigen sind blos geringe geweihte Stück.

318) Auch hier ist viel Streit. Viele, besonders Aeltere, glauben, diese Fälle seien ganz wie ein gemeiner Diebstahl zu bestrafen, nur seien gewisse Milderungsgründe, z. B. Ersatz, hier ausgeschlossen, während Andere gewiß mit Recht behaupten, die Carolina wolle hier eine arbiträre Schärfung der bei einem

Fragt man nach dem Grunde, aus welchem die Carolina den Kirchendiebstahl auszeichnet, so ergibt sich aus den angeführten Bestimmungen und daraus, daß sie in Beziehung auf die Person ganz absolut spricht (so eyner .... stiehlt ꝛc.), daß sie lediglich hier den Gegenstand der Verletzung, eine von der christlichen Kirche geweihte Sache, im Auge hatte; namentlich nimmt sie entschieden die Person des Diebes und seinen religiösen Glauben dabei nicht in Betracht[319]), wenn gleich nicht geleugnet werden kann, daß persönlich dieser Dieb straffälliger erscheint, wenn er selbst an die Kraft und Bedeutung dieser Weihe seinem religiösen Bekenntnisse nach glaubt. In den protestantischen Ländern mußte aber doch bald die Strenge, mit welcher die Carolina den Kirchendiebstahl bestraft, einiges Bedenken erregen, indem sie bei demselben von dem Gesichtspunkte der katholischen Kirche über innere Heiligkeit der geweihten Gegenstände ausging[320]), während die Protestanten denselben blos eine sogen. sanctitas externa zuschreiben, deren Verletzung so hohe Strafen vom objectiven Gesichtspunkte aus nicht zu motiviren schien. So entstanden schon aus dieser Rücksicht manche Zweifel über die Anwendbarkeit der Bestimmungen der Carolina[321]); dabei machten Viele den oben angeführten subjectiven Gesichtspunkt geltend und wollten, wenn ein Protestant Kirchendiebstahl begehe, ihn gelinder als den Katholiken, ja Viele ihn sogar überall nicht härter als beim weltlichen Diebstahle strafen[322]). Allmälig fand man aber auch die Bestimmungen der Carolina überhaupt zu hart; Anfangs wurde die Feuertodstrafe, später in den meisten Fällen die Todesstrafe durch die Praxis ausgeschlossen, und jetzt wird man wohl behaupten können, daß der Gerichtsgebrauch die Strafe des Kirchendiebstahls als eine arbiträre behandele, und bei ihrer Festsetzung der Strafe des Diebstahl, die er als ein weltlicher verdient haben würde, einen mehr oder weniger großen Zusatz wegen des Umstandes, daß er ein Kirchendiebstahl ist, beifügt[323]). Auf Todesstrafe wird wohl kaum mehr von einem

---

gemeinen Diebstahl geltenden Strafe feststellen, vergl. auch Bambergensis Art. 200.

319) Anderer Ansicht sind sehr Viele. S. dagegen besonders Martin, §. 158, Note 2. Sollte man wohl behaupten können, daß die Carolina einen Juden, der einen Kirchendiebstahl beging, gelinder behandeln wollte! Deßhalb wird sich aber auch nach dem Sinne der Carolina das nicht rechtfertigen lassen, was Martin, §. 158, in der Note 3 behauptet.

320) Richtig bemerkt Martin (§. 157, Note 12) unter Berufung auf Böhmer, daß, wenn gleich bereits Protestanten an der Abfassung der P. G. O. Theil genommen haben, doch das Dogma von der Natur und den Wirkungen der kirchlichen Weihe von Gefäßen und Gebäuden erst später recht zur Sprache gebracht worden sei.

321) Vergl. auch Heffter, §. 504. Viele Criminalisten wollten deßhalb geradezu auf die Religion des erkennenden Richters Rücksicht nehmen.

322) S. die in meinem Lehrbuch, Bd. 2, S. 321, lit. e, Angeführten.

323) Dabei nahmen auch viele Gerichte die persönliche Rücksicht, indem sie den katholischen Dieb, der an katholischen Kirchensachen sich verging, härter bestrafen, als den Protestanten, der an katholischen oder protestantischen Kirchensachen das Verbrechen verübte; so war es in den meisten württemb. Gerichten Praxis. Dem Sinne der Carolina ist es aber gewiß gemäßer, diesen persönlichen Gesichtspunkt ganz auszuschließen. Die sächsische Praxis strafte den

Gerichte nach gemeinem Rechte erkannt; allein in welchem Maß die gemeinrechtliche Praxis den Kirchendiebstahl härter bestraft, als den weltlichen, darüber wird wieder etwas Gemeinsames mit Sicherheit nicht behauptet werden können.

Durch gelindere Strafe ausgezeichnete (sogen. privilegirte) Diebstähle.

I) der sogen. Familiendiebstahl. Die P. G. O., Art. 165, sagt: wenn Jemand aus Leichtfertigkeit oder Unverstand von Gütern, deren er sonst ein nächster Erbe ist, stehle, oder sich dergleichen zwischen Mann und Frau begebe, und der Beschädigte deßhalb Klage erhebe, so soll der Richter bei Rechtsverständigen Rath holen, auch nachsehen, was in solchen Fällen das gemeine Recht sei, und sich darnach halten; doch soll von Amtswegen nicht eingeschritten, noch gestraft werden. — Ueber diesen allerdings etwas ungenau gefaßten Artikel ist beinahe in allen Punkten von den älteren Zeiten bis auf die neueste sehr viel Streit. Besonders bestritten ist die Frage, welche Fälle denn die Carolina eigentlich vor Augen gehabt habe, außer dem Fall des Diebstahls zwischen Ehegatten [324]). Die Fälle des römischen crimen expilatae hereditatis können es nicht sein, wie Manche wollten, da ja dieses Verbrechen gerade von Solchen begangen wird, welche nicht Erben des Gutes sind, an dem sie sich vergreifen. Auch wird es nicht der oben bei der Lehre vom Furtum Note 181 angeführte Fall sein, wie Andere glaubten; denn augenscheinlich spricht die Carolina vom Diebstahle am noch lebenden Erblasser. Eben so wenig aber kann man den Artikel beschränken auf den Diebstahl der nächsten Intestaterben am lebenden Erblasser oder gar blos naher Blutsverwandter (so daß entferntere Verwandte, wenn sie die nächsten Intestaterben wären, ausgeschlossen sein würden), wie viele Andere annahmen. Vielmehr besagen die Worte der Carolina nach grammatischer Auslegung, daß unter den Artikel jeder präsumtive nächste Erbe, sei er vertragsmäßiger, testamentarischer oder Intestaterbe, der am lebenden Erblasser Diebstahl begeht, fällt. Auch paßt auf dessen That das Prädicat der Leichtfertigkeit und des Unverstandes, das die Carolina seiner That gibt, wohl, weil ein solcher in dem Glauben handelt, er nehme eine Sache, die ihm später ganz oder theilweise doch zugefallen wäre [325]). Ob es aber dem Sinn der Carolina gemäß ist, über ihre Worte hinaus noch anzunehmen, daß ihre Bestimmungen auch auf den Diebstahl eines nahen Familiengliedes, das nicht gerade der nächste Erbe des Bestohlenen ist, z. B. den vom Enkel aus dem noch lebenden Sohne am Großvater begangenen, anzuwenden sind, dieses ist zweifelhaft, aber nicht unwahrscheinlich [326]).

---

Kirchendiebstahl nicht mit ausgezeichneter Strafe, sondern lediglich wie einen gemeinen, während das sächsische Particularrecht vom eigentlichen Kirchendiebstahle schweigt (es handelt blos vom eigentlichen Kirchenraub. Klien, S. 493 flg.).

324) Die verschiedenen Ansichten hierüber sind in meinem Lehrbuch, Bd. 2, S. 323—327, angegeben.

325) Vergl. auch bes. Heffter, §. 511, Note 1.

326) Vergl. Konopak, neues Archiv, Bd. 6, S. 278 flg.

Daß der Richter in den genannten Fällen nicht von Amtswegen einschreiten darf, sagt die Carolina bestimmt, und dieses befolgen auch mit Recht unsere Gerichte. Darf er aber strafen, wenn der Beschädigte klagt? Gegen eine allgemeine Bejahung dieser Frage lassen sich manche Bedenken erheben. Der Artikel sagt in Beziehung auf das richterliche Einschreiten: der Richter soll das gemeine Recht erforschen und sich hiernach halten. Nach gemeinem Rechte ist aber hier in vielen Fällen jede Strafe entschieden ausgeschlossen, namentlich beim Diebstahle zwischen Ehegatten, und dem der Eltern an Kindern und der Hauskinder am Hausvater (oben beim Furtum Note 151 flg.). Zwar sagt die Carolina am Schlusse, der Richter soll von Amtswegen nicht strafen, gibt also hier die Möglichkeit einer Strafe, wenn geklagt wird, zu; allein dieß beweist nicht, daß hier in allen Fällen Strafe soll eintreten können, sondern nur, daß sie in den Fällen eintreten könne, in welchen sie nach gemeinem Rechte nicht ausgeschlossen ist, und dieß ist ja der Fall, wenn der prämsumtive Erbe nicht zur Kategorie der eben genannten Personen gehört[327]). Allein die herrschende Ansicht bei unseren Schriftstellern, und wohl auch durchaus in unseren Gerichten, geht dahin, daß, wenn der Bestohlene klagt, der Richter eine Strafe zu erkennen habe, sie aber weit milder ausmessen müsse, als die Strafe eines gemeinen Diebstahls ist. Noch ist zu bemerken, a) daß es unrichtig ist, wenn die Meisten beim Diebstahle im Complotte und bei den sogenannten gefährlichen Diebstählen die milderen Grundsätze vom Familiendiebstahle ausschließen wollen. Die Carolina macht hier keine Ausschließung [328]), und Leichtfertigkeit und Unverstand kann auch zu solchen Diebstählen die nächsten Erben verleiten. Nur beim bewaffneten Diebstahle wird man die Ausschließung zugeben. b) Auf solche Gehilfen und Miturheber, die nicht in dem von der Carolina geforderten Verhältnisse zum Bestohlenen stehen, ist der Art. 165 nicht anzuwenden; bei ihnen tritt daher Verfahren von Amtswegen und die ordentliche Strafe des Diebstahls ein; dagegen ist auf den Gehilfen der Artikel anzuwenden, wenn er oder der Urheber, den er unterstützt, in jenem Verhältniß steht (vergl. oben Note 157, 167).

II) Diebstahl von Feld- und Gartenfrüchten. Diebstahl an eßbaren Früchten vom Feld, wenn er bei Tage geschieht und durch die Entwendung dem Eigenthümer kein großer Schaden zugefügt wird, soll nach Art. 167 der P. G. O. blos bürgerlich nach der Gewohnheit der Gegend bestraft werden. Der Artikel setzt wohl hierbei voraus, daß der Diebstahl zum Zweck des bloßen Genusses der Sache verübt wurde,

---

327) So glaube ich nun das modificiren zu müssen, was ich in meinem Lehrbuch, Bd. 2, S. 327 flg., aussprach. Unrecht haben jedenfalls diejenigen, welche, wie Feuerbach, unter Berufung auf das gemeine Recht behaupten, daß bei allen Fällen des Familiendiebstahls alle Strafe ausgeschlossen sei. Denn der Begriff der Carolina vom Familiendiebstahle geht jedenfalls viel weiter, als die Strafloſigkeit des römischen Rechtes beim Diebstahle an gewissen Familiengliedern.

328) Vergl. auch L. 19. D. rerum amotarum, und L. 52. §. 2. de furtis.

sogen. Mundraub[329]). Allein es ist nicht nur hierüber, sondern auch über andere Punkte Streit; manche Aeltere wollen den Mundraub gar nicht zum Diebstahle zählen, und deßhalb namentlich die Infamie ausschließen[330]), und die ganze Fassung des Artikels dürfte allerdings auch für diese Ansicht sprechen; die Meisten dagegen wollen ihn als Diebstahl strafen, nur mit gelinderer Strafe[331]), und Andere gehen sogar so weit, ihn ganz wie einen gemeinen Diebstahl zu bestrafen[332]), oder wollen wenigstens einen in eingehegten Gärten begangenen Mundraub wie gemeinen Diebstahl behandeln[333]).

III) Holzdiebstahl. Die Carolina, Art. 168, bestimmt hierüber: wenn Jemand fremdes Holz diebischer Weise haut und sich zueignet, so soll die Handlung nicht als Diebstahl, sondern nach Ortsgebrauch bestraft werden; nur soll, wenn bei Nacht oder zu besonders verbotener Zeit oder an Feiertagen die That geschah, die Strafe geschärft werden; dagegen sollen die gewöhnlichen Diebstahlsgrundsätze eintreten, wenn dem Eigenthümer sein gehauenes Holz (z. B. das er im Walde aufgeklaftert hat) gestohlen werde. — Diese Bestimmung ist wohl noch ein Ueberbleibsel von den alten teutschen Grundsätzen über die zum Diebstahle nöthige Verletzung der Wehre[334]), und wie man im älteren Rechte das Entwenden von Holz, das der Eigenthümer selbst noch nicht gefällt hatte, gar nicht als Diebstahl behandelte, so behandelt auch die Carolina diesen Fall entschieden nicht als Diebstahl, und setzt das Holzstehlen (Entwenden von bereits gehauenem Holze), und das verbotener Weise Abhauen und Sichaneignen von Holz als zwei völlig verschiedene Verbrechen einander entgegen[335]). Deßhalb darf man auch im letzteren Falle nicht die allgemeinen Folgen des Diebstahls (Infamie) eintreten lassen. Auch die meisten teutschen Particularrechte werden mit dieser Bestimmung der Carolina übereinstimmen. So wird nach württembergischem Rechte, wer Holz

---

329) Feuerbach, §. 352.

330) Z. B. Leyser, spec. 537. med. 5—7. Derselben Ansicht war Carpzov (qu. 83. nr. 35 sq.), wenigstens dann, wenn der Thäter die Sache sofort verzehre. Daß die eben Genannten den Mundraub gar nicht strafen wollten, wie Heffter, §. 513, Note 1, sagt, ist unrichtig; sie wollen allerdings eine geringe Strafe, nur behaupten sie, die That sei nicht als Diebstahl zu behandeln.

331) Diese gelindere Strafe wollen dann mit Unrecht Manche, z. B. Böhmer (ad art. 167. §. 3.), selbst dann anwenden, wenn der Diebstahl bei Nacht verübt wurde.

332) So glaubt Klien, S. 363, die Handlung sei ein gewöhnlicher, nicht privilegirter Diebstahl; denn der Art. 167 wende nur das auf Früchte an, was der Art. 157 schon vom ersten kleinen Diebstahle bestimme. Hingegen s. aber Roßhirt, Lehrbuch §. 180 a. E.

333) Z. B. Salchow, Lehrbuch, §. 362.

334) Das noch nicht gehauene Holz wurde noch nicht als im besonderen Schutz des Berechtigten stehend betrachtet, vergl. oben Note 11—13; Sachsenspiegel, II. 28, und besonders Cropp, in Hudtwalcker's criminalistischen Beiträgen, Bd. 2, S. 31.

335) In unseren Systemen ist mit Unrecht der letztere Fall meist als eigentlicher (jedoch privilegirter) Diebstahl aufgeführt. Er sollte blos als Holzfrevel bezeichnet werden.

im Walde erst fällt und stiehlt, nicht als Dieb, sondern blos als Waldfrevler polizeilich, und zwar meist um Geld bestraft.

Noch entsteht die Frage, ob die oben bei der Lehre vom Furtum bei Note 108—118 u. 130—188 angeführten, vom römischen Rechte nach besonderen Grundsätzen behandelten Fälle auch bei uns nach besonderen Grundsätzen zu behandeln sind. Hierüber ist zu bemerken:

I) An die Stelle dessen, was das römische Recht über directarii, effractores und bewaffneten Diebstahl bestimmt, tritt bei uns die Bestimmung der Carolina über die sogen. gefährlichen Diebstähle ein. Die Frage über die Strafbarkeit des Versuches ist hier nach teutschem Rechte keinem Zweifel unterworfen.

II) Die Auszeichnung des abigeatus, des furtum balnearium und nocturnum und des saccularii hatte im römischen Rechte wohl zunächst ihren Grund darin, daß man in diesen Fällen eine öffentliche Strafe, wenigstens electiv mit der Privatstrafe, bald angemessen fand. Da aber eine solche nach teutschem Rechte in allen Fällen des Diebstahls ohnehin stattfindet und aus der ganzen Art und Weise, wie die Carolina den Diebstahl behandelt, sich ergeben dürfte, daß sie alle Qualificationen des Diebstahls erschöpfend behandeln wollte, so nahmen mit Recht beinahe alle Criminalisten, Theoretiker und Praktiker, wie Praxis, an, daß bei uns jene Fälle ganz nach den allgemein geltenden Diebstahlsgrundsätzen und nicht mehr als besondere Verbrechen zu behandeln seien. Unter den Neueren sind namentlich dieser Ansicht Klien, S. 394 flg.; Grolman, §. 183; Feuerbach, §. 348, 352; Roßhirt, Lehrb. §. 170, und Geschichte und System, Bd. 2, S. 325; Heffter, §. 501, 503; Dollmann, S. 93; Mittermaier zu Feuerbach a. a. O. Das Gleiche muß auch vom Peculat gelten, so weit seine Fälle den Thatbestand des Diebstahls an sich tragen. Hier bestreiten es aber Manche[336]) und behaupten, der Peculat sei auch nach gemeinem teutschen Rechte noch als besonders ausgezeichnetes Verbrechen zu behandeln und im Allgemeinen mit Deportation oder einer ihr gleichkommenden Strafe und an Staatsdienern[337]) mit dem Tode zu bestrafen. Gegen diese Ansicht sind aber die vorhin angeführten Criminalisten zu vergleichen[338]). Jedenfalls bemerkt Heffter richtig, daß im Zweifel hierüber der Gebrauch entschieden habe, und ein innerer Grund zur Auszeichnung des Peculats nicht vorhanden sei. Denn wenn Abegg (Lehrbuch, S. 485) behauptet, daß die gemeinrechtliche Praxis nicht die römischen Strafen, sondern andere hier anwende, und diese Handlung auch, insofern sie nur als gewöhnlicher

336) Salchow, Verbrechen der Entwendung, S. 131, und bes. Martin, Lehrbuch, §. 160, und nach ihm Abegg, Lehrbuch, S. 483 flg.

337) So übersetzten sie die iudices in const. un. de crim. pec.; vergl. oben beim Furtum Note 148.

338) Besonders auch Roßhirt, System, Bd. 2, S. 313. Nur Dollmann, a. a. O., hat Zweifel. Die Gründe, auf welche die entgegengesetzte Ansicht gestützt wird, möchten auch bei consequenter Entwendung dazu führen, noch andere Fälle der römischen crimina extraordinaria bei uns als ausgezeichnete Diebstähle zu bestrafen.

Diebstahl betrachtet werde, härter als diesen ahnde, so beruht das Letztere wohl entschieden auf einem Irrthum über die Praxis, wie ich dieß wenigstens von Württemberg und Sachsen behaupten kann.

III) Beim crimen expilatae hereditatis waren es lediglich historische Gründe, aus welchen dieses Verbrechen im früheren römischen Rechte nicht als Furtum behandelt werden konnte, und im späteren nicht als solches behandelt wurde. Dieß kann aber unmöglich bewirken, daß wir die dahin gehörigen Fälle vom Bereich und den Grundsätzen des teutschen Diebstahls ausschließen, sofern sie den Thatbestand des Diebstahls an sich tragen, und so kann es, womit auch die Praxis entschieden übereinstimmt, keinen Zweifel leiden, daß wenn Jemand aus einer vom Erben noch nicht in Besitz genommenen Erbschaft etwas entwendet, die Handlung durchaus als Diebstahl zu bestrafen ist, falls die Erbschaftssachen nur von irgend Jemand detinirt wurden [339]). Eben so würde man auch die Handlung des Miterben, der eine Sache aus der gemeinschaftlichen Erbschaft sich aneignet, wenn dieselbe in der Detention eines Dritten war, als Diebstahl (anderen Falls als Unterschlagung) zu den an der Sache seinen Miterben zukommenden Theilen behandeln müssen. Denn der Art. 165 der P. G. O. spricht nicht von diesem Fall (oben nach Note 324), und den bei der Lehre vom Furtum Note 181 angeführten Grundsatz können wir wohl nicht mehr anwenden [340]), weil von dem Grunde einer subsidiären Natur der accusatio expilatae hereditatis bei uns keine Rede mehr sein kann. Anders dagegen ist es, wenn die Wittwe aus dem Nachlasse des Mannes eine Entwendung begeht. Nach römischem Rechte trat hier keine Strafe ein, und zwar aus denselben Gründen, aus welchen überhaupt bei Furtum zwischen Ehegatten jede Strafverfolgung ausgeschlossen war (s. oben beim Furtum Note 152 und nach Note 181). Da nun diese Gründe der Art. 165 der P. G. O. anerkennt, so wird man jedenfalls sagen müssen, daß dieser Fall nach den Grundsätzen des Familiendiebstahls zu behandeln, also je nachdem man den Art. 165 auslegt, für straflos zu erklären [341]), oder gelinder zu bestrafen [342]) ist.

IV) Ueberhaupt entscheidet über die Anwendbarkeit der römischen Bestimmungen in Beziehung auf Furtum zwischen Ehegatten und Eltern und Kindern der oben entwickelte Sinn des Art. 165 der Carolina.

---

339) Dieses wird meist der Fall sein; vergl. Klien, S. 392 flg.; Grolman, Bibliothek, Bd. 1, St. 2, S. 206. Dagegen will Martin, §. 161, die genannten Fälle nicht zum wahren Diebstahle zählen. S. gegen denselben noch Dollmann, S. 91. Wenn übrigens dort Dollmann sagt, daß ich annehme, das crim. expil. hered. falle immer unter die wahren Diebstähle, so hat er dabei die betreffende Stelle meines Lehrbuchs nicht genau nachgesehen; auch führt er später dieselbe Stelle S. 124 richtig an.

340) Anderer Meinung sind Salchow, Verbrechen der Entwendung, S. 85, u. Feuerbach, Lehrb., §. 349, welche hier durchaus Strafloſigkeit wollen. S. dagegen unter Anderen Klien, S. 391.

341) So z. B. Martin, §. 161, Note 10.

342) S. z. B. Heffter, §. 514.

V) Ueber den furtum rei sacrae und religiosae ſ. oben bei Note 230.

VI) In Beziehung auf das furtum domesticum der Römer (oben beim Furtum Note 168) fallen bei uns die Sclaven und Freigelaſſenen weg, und wir verſtehen daher unter Hausdiebſtahl gewöhnlich den vom Hausgenoſſen an Perſonen der Familie begangenen Diebſtahl mit Ausſchluß der zum eigentlichen Familiendiebſtahl gehörigen Fälle, namentlich Diebſtahl von Seiten der im Lohn und Brot der Beſtohlenen Stehenden[343]). Uebrigens iſt hier bei Manchen die Terminologie verſchieden[344]). Dieſer Hausdiebſtahl iſt in den gemeinen teutſchen Geſetzen nirgends ausgezeichnet, weder, wie manche Aeltere wollten, mit einer gelinderen, noch, wie Andere wollten, mit einer härteren Strafe[345]). Das römiſche Recht aber hier anzuwenden, iſt unzuläſſig, da die Vorausſetzungen deſſelben, auf welche ſich hier die regelmäßige Ausſchließung einer Strafe ſtützt, bei uns nicht eintreffen[346]). Dieß nimmt auch das entſchiedenſte Gewohnheitsrecht an. Iſt aber dieſes anzunehmen, ſo muß man behaupten, daß der Hausdiebſtahl eben nach den beim Diebſtahle geltenden Grundſätzen zu ſtrafen iſt. Manche wollen nach dieſen Grundſätzen die arbiträre Strafe des Diebſtahls etwas höher ausmeſſen, wegen der beſonderen Verletzung der Treue[347]). Allein wohl mit Unrecht. Indeß thut jenes die Praxis ſehr häufig, und auch viele Particularrechte; die neueren teutſchen Geſetzgebungen ſtrafen aus dem gleichen Grunde den Hausdiebſtahl meiſt etwas härter.

Beſonders zu beachten iſt aber hier die Grenze zwiſchen Diebſtahl und bloßer Unterſchlagung, indem die Entwendungen von Seiten des Geſindes dann blos Unterſchlagung ſind, wenn ſie eine ihrer Verwahrung, Beſorgung, Aufſicht oder Bearbeitung anvertraute Sache ſich aneignen[348]).

Karl Georg Wächter.

**Dies.** Dieſer Kunſtausdruck kommt in den römiſchen Rechtsquellen in einer doppelten Bedeutung vor. In der einen bezeichnet er ein beſtimmtes Zeitmaß, in der anderen irgend eine aoriſtiſche Zeitbeſtimmung. Die erſte Bedeutung liegt dem Begriffe des naturalis und civilis dies zu Grunde[1]). Naturalis dies heißt der Tag im Gegenſatze der Nacht, alſo der Zeitraum vom Aufgang der Sonne bis zu deren Niedergang, und dieſe Bedeutung wird vorausgeſetzt, wenn von der

---

343) Klien, S. 373, 375.

344) Viele bezeichnen den Hausdiebſtahl durch furt. domesticum. Feuerbach nennt ihn Hausdiebſtahl oder furt. domest. improprium" (dagegen den Familiendiebſtahl furt. domest. proprium), und Grolman umfaßt unter dem teutſchen Worte Hausdiebſtahl den Familiendiebſtahl, den er eigentlichen, und den oben bezeichneten Hausdiebſtahl, den er uneigentlichen Hausdiebſtahl nennt.

345) Klien, S. 373; Hefftter, §. 512.

346) S. beſ. Hefftter a. a. O.

347) Z. B. Günther, de furt. dom. (Lips. 1785) p. 21 sq.; Abegg, Lehrbuch, S. 488.

348) Hierüber vorzüglich Klien, S. 171 flg.

1) Censorinus, de die natali, ed. Lindenbr., cap. 23.

Eintheilung deſſelben in horae die Rede iſt. So ſpricht Pomponius[2]) von der sexta diei hora im Gegenſatze des mane, und Ulpian[3]) ſetzt die hora sexta diei der hora sexta noctis entgegen. Daß ſie indeß ſchon älter iſt, als die Eintheilung in horae, ergibt ſich daraus, daß ſchon das Zwölftafelgeſetz den genannten Zeitraum als ein beſtimmtes Zeitmaß bezeichnet hat[4]), und daß Varro[5]) und Macrobius[6]) gerade in Bezug auf die Worte dieſes Geſetzes den Sonnenuntergang als die letzte Zeit des dies bezeichnen. Unter civilis dies verſtanden die Alten einen zuſammenhängenden Zeitraum von vierundzwanzig Stunden mit Einſchluß der Nacht, ohne Rückſicht auf den Anfangspunkt, von welchem man ausging. Die Babylonier berechneten ihn von Sonnenaufgang bis zu Sonnenaufgang, die Athenienſer von Sonnenuntergang bis zu Sonnenuntergang, die Römer von Mitternacht bis zu Mitternacht[7]). Daher Paulus[8]) für das Pandektenrecht bezeugt, daß der dies nach römiſcher Sitte (more Romano) mit Mitternacht anfange und in der Mitte der folgenden Nacht endige. — Der Begriff des civilis dies liegt der Eintheilung der Tage in continui und utiles zu Grunde[9]). Mit jenem Kunſtausdrucke bezeichnete man ſolche Einzeltage in einem beſtimmten Zeitraume, welche nach der im Calender feſtgeſtellten Ordnung ohne Unterbrechung fortgezählt werden. Am deutlichſten ergibt ſich dieß aus dem Zeugniſſe des Modeſtinus[10]), welcher ein aus ſolchen Tagen beſtehendes Jahr ἐνιαυτὸς συνημμένων ἡμερῶν nennt, und aus der Erklärung der alten Gloſſen[11]). Auch beſtätigt ſich dieſe Anſicht durch den Gegenſatz der continui anni und alterni anni[12]), und durch eine Reihe von

---

2) L. 2. D. de annuis legatis. (33. 1.)

3) L. 7. D. de usurpationibus et usucapionibus. (41. 3.)

4) Varro, de lingua Lat., VII. 51. VI. 5; Plinii hist. nat. VII. 60; Gell. noct. Att. XVII. 12. Censorinus, de die natali, cap. 23. Macrob. sat. I. 3. Festus, de V. S., s. v. supremum.

5) L. c. VII. 51.

6) L. c. I. 3.

7) Plinii hist. nat. II. 79; Gell. noct. Att. III. 2; Censorinus, de die natali, 23. Macrobius, sat. I. 3.

8) L. 8. D. de feriis. (2. 12.)

9) Continui dies ſteht in L. 4. §. 5. D. de statu liberis. (40. 7.) Modeſtin nennt ſie συνημμέναι ἡμέραι in L. 10. §. 3. D. de excusationibus. (27. 1.) Der Ausdruck utiles dies findet ſich in L. 2. pr. u. §. 1. D. quis ordo in possessionibus servetur. (38. 15.) Von der hierher gehörigen Literatur verdienen beſonders folgende Schriften Erwähnung: Bardi, de tempore utili et continuo in tractatu tractatuum, tom. V. p. 210 sq.; Bilger, diss. de diebus continuis (Altorf. 1709); Haubold, exercitatio iuris civilis de temporis continui et utilis computatione, in Eiusdem opuscula academica, ed. Wenck. tom. I. p. 397—438. Sehr gute Bemerkungen finden ſich über den annus utilis bei Buchardi, die Lehre von der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand (Göttingen 1831), S. 516—520.

10) L. 10. §. 3. D. 27. 1.

11) Glossae iuris in Ottonis thes. iuris, tom. III. p. 1756: κοντηνίως συναπτῶς μὴ δεχομένη περικοπήν τινα. Vergl. Haubold l. c. tom. I. p. 398.

12) L. 2. pr. D. quibus modis ususfructus. (7. 4.)

Stellen der römischen Juristen, wo die Ausdrücke continui dies, continui anni, continuum tempus keine andere Deutung zulassen [13]). Diese Zeitberechnung bildet in den römischen Rechtsquellen die Regel, und ist jedenfalls an den Stellen gemeint, in welchen von continuatio temporis [14]), von einem integer anniversarius annus [15]), oder von tempus iuge oder iugiter computandum die Rede ist [16]). Ueber die Bedeutung des Ausdruckes utiles dies, anni etc. herrscht unter den neueren Rechtsgelehrten Streit. Darin ist man allerdings einig, daß in das utile tempus nur solche Tage eingerechnet werden, wo Jemand sein innerhalb einer gewissen Zeit auszuübendes Recht geltend machen konnte, wozu vorausgesetzt wird, daß kein Hinderniß der Ausübung desselben und der Möglichkeit der gerichtlichen Geltendmachung (experiundi potestas) entgegenstand, sei es in der Person des Berechtigten selbst, oder in Bezug auf den, gegen welchen das Recht zusteht, oder in Ansehung der Obrigkeit, unter deren Mitwirkung das Recht geltend zu machen ist [17]). Allein die Art und Weise, wie diese Grundsätze im concreten Falle zur Anwendung gebracht werden sollen, wird sehr bezweifelt. Nach der gewöhnlichen Meinung unterscheidet man ein doppeltes spatium utile, eins in Beziehung auf den Anfangspunkt und den Verlauf der Frist, was die neueren Rechtsgelehrten gewöhnlich spatium plene utile nennen; das andere in Bezug auf den Anfangspunkt allein ohne alle Rücksicht auf den Verlauf, was die neueren Rechtsgelehrten spatium utile ratione initii, ratione cursus continuum nennen. Das erstere ist der Fall, wenn bei der Berechnung der Einzeltage, sowohl in Rücksicht des Anfanges als des Fortganges alle die Tage ausgeschlossen werden, wo der Berechtigte von seinem Rechte keinen Gebrauch machen konnte, sei es deßhalb, weil er von demselben keine Kenntniß erhalten, oder, weil factische Hindernisse von der Geltendmachung desselben ihn abhielten, z. B. die für die Erbittung der bonorum possessio eingeräumte Frist [18]). Ein spatium utile ratione

---

13) L. 7. D. quemadmodum servitutes amitt. (8. 6.) L. 6. D. de usu et usufr. leg. (33. 2.) L. 4. §. 5. D. de statu liberis. (40. 7.) L. 20. §. 6. L. 40. §. 2. D. ibid. L. 38. §. 3. D. de liberali causa. (40. 12.) L. 16. §. 3. D. de publicanis et vectigalibus. (39. 4.)

14) L. 7. pr. C. de temporibus in integrum. (2. 53.)

15) L. 4. C. de susceptoribus. (10. 70.)

16) L. 1. C. de feriis. (3. 12.) L. 22. C. ad SC. Velleianum. (4. 29.) L. 3. C. de praescriptione XXX. vel XL. annorum. (4. 39.) L. 14. C. de fundis patrimonialibus. (11. 61.)

17) L. 1. D. de diversis temp. praesc. (44. 3.) L. 6. D. de calumniatoribus. (3. 6.) L. 55. D. de aedilicio edicto. (21. 1.) L. 6. §. 14. D. quae in fraudem creditorum. (42. 8.) Der Name utilis dies, mensis, annus etc. hängt jedenfalls mit uti zusammen. Darauf deutet utilitas temporis in L. 1. §. 3. D. 38. 15., und die Analogie der utiles actiones, welche deßhalb so genannt worden sind, weil sie eine Fiction in der Formula enthalten. An das Bindewort ut, uti darf man schon aus sprachlichen Gründen nicht denken.

18) L. 2. pr. D. 38. 15.: Ut singuli dies in eo utiles sint, scilicet ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere. L. 2. C. qui admitt. ad bon. poss. (6. 9.)

initii, ratione cursus continuum nimmt man in solchen Fällen an, in welchen die Zeitfrist erst von dem Momente an zu laufen fängt, wo der Berechtigte das ihm zuständige Recht erfahren hat, oder sonst ein Hinderniß für die Ausübung desselben weggefallen ist, aber von da an ununterbrochen fortgerechnet wird [19]). Allein, wenn schon Beispiele solcher Berechnung in den römischen Rechtsquellen vorkommen, so werden doch die Fristen, welche auf diese Weise berechnet werden, niemals in den römischen Rechtsquellen mit dem Beinamen utilia tempora, utiles anni etc. bezeichnet. Auch ist es ein Mißgriff, wenn man zur Unterstützung dieser Annahme sich auf die im älteren Rechte vorkommende Berechnung der Appellationsfrist berufen hat. Ferner kann man sich zu gleichem Zwecke nicht der Stellen bedienen, welche besagen, daß in manchen Fällen die Tage, an welchen der Kläger keine Bekanntschaft mit seinem Rechte hatte, nicht in den utilis annus eingerechnet werden, da hier nur so viel gesagt werden soll, daß an solchen Tagen keine experiundi potestas anzunehmen sei [20]). Endlich muß man sich vor dem argen Mißverständnisse mancher Rechtslehrer hüten, die Worte der römischen Rechtsquellen: intra annum, quo experiundi potestas fuit, so zu erklären: der annus utilis laufe, nachdem man zu klagen im Stande sei. Vielmehr geht jener Ausdruck nicht auf den Anfang des annus utilis insbesondere, sondern auf dessen Berechnung überhaupt, und drückt weiter nichts aus, als daß ein annus utilis aus 365 solchen Tagen bestehe, an denen man wirklich klagen könne, mit Uebergehung aller der Tage, an welchen man durch besondere Hindernisse vor Gericht aufzutreten verhindert sei. Beachtet man dieß, so liegt es zu Tage, daß, wenn auch demjenigen experiundi potestas abgesprochen wird, der sein Recht nicht kennt, dieß nur den Sinn haben kann, daß Unkenntniß des Rechtes mit zu den Umständen gehörte, welche bei Berechnung des annus utilis den Ausfall gewisser Zeiten bewirkten [21]). Manche neuere Juristen gehen noch weiter, und nehmen sogar noch ein tempus ratione initii continuum, ratione cursus utile für das Pandektenrecht an, indem sie behaupten, daß in manchen Fällen die gestattete Frist sich unmittelbar an das in Frage stehende Factum anschließe und gleichwohl die Einzeltage der Frist nach den Grundsätzen der dies utiles berechnet würden. Allein diese Annahme fällt mit der oben erörterten wahren Bedeutung der spatia utilia zusammen, und es ist kein

---

19) Ulpianus, lib. 1. de appellationibus. L. 1. §. 7. D. quando appellandum (49. 4.): Dies autem istos, quibus appellandum est, ad aliquid utiles esse oratio Divi Marci voluit, si forte eius, a quo provocatur, copia non fuerit, ut ei libelli dentur. Der Ausdruck ad aliquid utiles (gewissermaßen utiles) bezieht sich auch hier nicht im Entferntesten auf den Anfangspunkt der Zeitfrist. Anderer Meinung ist Schilling, Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des röm. Rechtes, Bd. 1, S. 322.

20) L. 2. pr. D. quis ordo in bon. poss. (38. 15.) L. 6. D. de calumniatoribus. (3. 6.) L. 55. D. 21. 1. Die Wahrheit der im Texte angenommenen Ansicht ergibt sich namentlich aus solchen Stellen, wo der annus utilis, quo experiundi potestas fuit, sogleich an das nachtheilige Factum geknüpft wird. L. 42. §. 14. D. quae in fraudem creditorum. (42. 8.)

21) Vergl. Burchardi a. a. O. S. 518 flg.

Grund vorhanden, neben dieser noch andere Bedeutungen jenes Kunstausdruckes ohne hinreichende Beweise anzunehmen. Bei der Berechnung solcher Fristen fallen nach dem Pandektenrechte folgende Tage aus: 1) Alle, an welchen der Kläger wegen Unkenntniß seines Rechtes oder des factischen Umstandes, welcher ihm das Recht gewährt, sein Recht nicht verfolgen konnte[22]). 2) Diejenigen, an welchen der Kläger durch äußere Begebenheiten gehindert wurde, sein Klagerecht in Person geltend zu machen oder einem Anderen zu dessen Geltendmachung gehörigen Auftrag zu ertheilen, z. B. wenn er in feindlicher Gefangenschaft sich befindet, oder im Gefängnisse gehalten, oder durch Sturm an einem bestimmten Orte gegen seinen Willen festgehalten, oder durch ein öffentliches Amt, was er bekleidet, gehindert wird[23]). 3) Alle Tage, an welchen der Kläger durch die Abwesenheit des Beklagten oder dadurch, daß der letztere nicht durch hinreichende legitimirte Bevollmächtigte vertreten wird, außer Stand gesetzt ist, seine Ansprüche an ihn geltend machen[24]). Dahin wird auch der Fall gerechnet, wenn der Beklagte appellirt, und während der Dauer des Appellationsprozesses die zur Anbringung des Rechtsmittels festgesetzte Zeit verstreicht[25]). 4) Diejenigen, an welchen der Kläger sein Recht nicht geltend machen konnte, weil er keine Gelegenheit hatte, die betreffende Obrigkeit anzugehen (copiam praetoris non habuit)[26]), z. B. wenn Ferien extra ordinem angesagt wurden, oder der Prätor mit anderen Geschäften überhäuft war, so daß er dem Antrage des Klägers kein Gehör schenken konnte[27]). Bei Berechnung der Appellationsfrist bezog man diese Möglichkeit, die Obrigkeit anzugehen, nur auf die Fälle, wo der Magistrat in publico erschien, und es kam mithin die Zeit des Gerichtsschlusses in Wegfall[28]), und wo der Magistrat in seiner Privatwohnung sich befand, ohne Unterschied, ob diese in der Stadt oder auf dem Lande lag[29]). Bei solchen Cognitionen, welche ein Decret verlangten oder eine sessio pro tribunali kamen natürlich auch diejenigen Tage in Wegfall, an welchen der Prätor nur de plano angegangen werden konnte[30]), und selbst von den Sessionstagen wurden die ausgelassen, an welchen der Prätor sich nicht mit

---

22) L. 2. pr. D. 38. 15. L. 6. D. 3. 6. L. 55. D. 21. 1. Vergl. Burchardi a. a. O. S. 518, Note 46. Daher das didicisse in L. 8. C. de dolo malo. (2. 21.) Rechtsirrthum entschuldigt freilich auch hier nicht. L. 1. §. 1. D. de iuris et facti ignorantia. (22. 6.) L. 10. D. de bon. poss. (37. 1.) L. 6. C. qui admitti ad bon. poss. (6. 9.)

23) L. 1. D. 44. 3. L. 20. pr. D. de minoribus XXV annis. (4. 4.) L. 2. pr. D. 38. 15. verbis: aut non potuerit. L. 11. §. 5. D. ad legem Iuliam de adulteriis. (48. 5.) L. 15. pr. D. ibid. L. 15. u. 21. C. ad legem Iuliam de adulterio et stupro. (9. 9.) Vergl. Haubold l. c. p. 402.

24) L. 1. D. 44. 3.

25) L. 39. pr. D. de minoribus viginti quinque annis. (4. 4.)

26) L. 1. D. 44. 3. L. 26. §. 7. D. ex quibus causis maiores. (4. 6.) L. 1. §. 7—10. D. quando appellandum sit. (49. 4.) L. 6. C. 9. 9.

27) L. 2. §. 2. D. 38. 15. L. 26. §. 7. D. 4. 6.

28) L. 1. §. 8. D. 49. 4.

29) L. 1. §. 9. D. 49. 4.

30) L. 2. §. 1. D. 38. 15.

der Anhörung des Gesuches anderer Umstände halber befassen konnte [31]). Gewöhnliche Festtage, welche der Kläger hätte voraussehen können und müssen, werden in der Regel in die Frist mit eingerechnet [32]). — Was den geschichtlichen Ursprung dieser Berechnungsart anbetrifft, so führen uns schon die Worte: experiundi potestas, welche damit in Verbindung gebracht werden [33]), auf das Edict hin. Auch bestätigt sich diese Vermuthung durch die uns erhaltenen Fragmente des prätorischen Edictes, in welchen die gedachten Worte häufig vorkommen [34]). Wahrscheinlich gab die kurze Verjährungsfrist der prätorischen Rechtsmittel dazu Veranlassung, das Jahr, für welches dieselben von Anfang an bestimmt waren, durch Interpretation auszudehnen, und nur die Tage, an welchen der Kläger sein Recht verfolgen konnte, in den Zeitraum einzurechnen. Ob die von den Pontifices besorgte Intercalation die erste Ursache davon gewesen sei, wie Haubold [35]) annimmt, bleibt immerhin ungewiß. Aus dem prätorischen Edicte ging diese Berechnungsweise in das Edict der aediles curules über [36]); auch wurde sie durch die lex Iulia de adulteriis sanctionirt [37]); endlich hat ein Senatsbeschluß, welcher auf Veranlassung einer oratio des Marcus Aurelius gemacht worden ist, einen Theil dieser Grundsätze auf die Berechnung der Appellationsfrist ausgedehnt [38]). — Daß für das Justinianische Recht die Berechnung der utilia tempora noch gelte, ergibt sich theils aus dem Verhältnisse der Pandekten und des Codex zur übrigen Gesetzgebung dieses Kaisers, theils daraus, daß der annus utilis für die Erbittung der bonorum possessio noch in den Institutionen ausdrücklich bestätigt wird [39]), endlich auch daraus, daß sonst der Ausdruck differentiam in L. 7. C. de tempor. in integr. rest. (2. 53.) ganz müßig da stünde, wenn man mit Manchen annehmen wollte, daß der Kaiser in dieser Constitution jede Spur der utilia tempora auch außerhalb des Kreises der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand habe aufheben wollen. Gewöhnlich führt man zwar für diese Ansicht noch L. 1. pr. C. de ann. exc. Ital. contr. (7. 40.) an, allein es müßte erst bewiesen werden, daß die hier aufgehobene annalis exceptio, von der bemerkt wird, daß Einige sie bis zu zehn Jahren ausgedehnt hätten, wirklich mit den temporibus utilibus in Verbindung gestanden habe. Was die praktische Bedeutung des utilis annus für das heutzutage anwendbare röm. Recht betrifft, so versteht es sich von selbst, daß die oben erörter-

---

31) L. 2. §. 3. D. 38. 15.
32) L. 26. §. 7. D. 4. 6. L. 2. D. 2. 12. L. 11. §. 6. D. 48. 5.
33) L. 1. D. 44. 3. L. 55. D. 21. 1. L. 6. §. 14. D. 42. 8.
34) L. 1. pr. D. 42. 8. L. 1. pr. D. quod vi aut clam. (43. 24.) L. 1. §. 1. D. ex quibus causis maiores. (4. 6.) L. 1. pr. D. uti possidetis. (43. 17.)
35) L. c. cap. II. p. 405.
36) L. 19. §. 6. D. 21. 1. L. 31. §. 22. L. 55. D. ibid. Vgl. Haubold l. c. cap. VI. p. 429.
37) L. 11. §. 5 u. 6. D. 48. 5. L. 21. D. 9. 9.
38) L. 1. §. 7. D. 49. 4.
39) §. 4 u. 6. J. de bon. poss. (3. 10.) Vgl. Burchardi a. a. O. S. 511.

ten Vorschriften noch heutzutage in Anwendung kommen, insoweit sie mit unserem veränderten Gerichtswesen und dem gewöhnlichen Calender nicht in Widerspruch treten. Bei dem Ausfall der Tage, an welchen keine Gerichtssitzung gehalten wird, oder der Magistrat nicht Zeit hat, sich mit dem Anliegen des Klägers zu beschäftigen, bedarf es des Beweises halber wohl nur des gerichtlichen Attestes; bei den Hindernissen aber, welche dem Kläger entweder aus seiner eigenen Person oder aus der des Beklagten bei der Geltendmachung seines Rechtes entgegentreten, darf die experiundi potestas nicht in Abrede gestellt werden, so lange diese Hindernisse nicht gehörig bescheinigt sind.

In der aoristischen Bedeutung heißt dies in der Kunstsprache jede einem Rechtsgeschäfte hinzugefügte Zeitbestimmung[40]). Man unterscheidet in dieser Beziehung zwischen einem Anfangstermin (dies oder terminus a quo genannt), d. h. einem solchen Zeitpunkte, von dessen Eintritt der Anfang eines Rechtsgeschäftes abhängig gemacht wird, und darauf bezieht sich in den römischen Rechtsquellen der Ausdruck ex die[41]), und einem Endtermin (dies oder terminus ad quem genannt), d. h. einem solchen, von dessen Eintritt das Wiederaufhören der Wirksamkeit eines Geschäftes abhängig gemacht ist, und diesen bezeichnen die römischen Juristen bald mit dem Kunstausdrucke in diem[42]), bald mit ad diem[43]).

Denkt man sich eine Zeitbestimmung als Anfang eines Rechtsgeschäftes, so tritt gewöhnlich der Fall ein, daß einzelne Rechte, welche sich aus dem Rechtsgeschäfte ergeben, sofort in Wirksamkeit treten, andere hingegen bis zum Eintritt des Zeittermins suspendirt bleiben. Die römischen Rechtsgelehrten unterscheiden in dieser Beziehung nicht allein bei letztwilligen Vermächtnissen, sondern auch bei Obligationen einen doppelten Anfangspunkt, den des Rechtsgeschäftes und den der Klage aus dem Rechtsgeschäfte[44]). Jenen bezeichnen sie mit dem Ausdruck dies cedit, diesen durch dies venit. Von jenem machen sie die materielle Giltigkeit der Obligation abhängig (incipere debere pecuniam), von diesem die Verfolgung derselben vor Gericht (peti posse)[45]). Von jenem datiren sie den Erwerb der Obligation als eines Vermögenstheiles und den activen

---

40) Auch den römischen Rechtsquellen ist dieser Sprachgebrauch nicht unbekannt, da die Ausdrücke in diem, in diem stipulatio fit und cum adiecto die stipulatio fit in §. 2. J. de verborum oblig. (3. 16.) für identisch erklärt werden.

41) So ex die incipit obligatio in L. 44. §. 1. D. de obligationibus et act. (44. 7.)

42) So in diem confertur obligatio in L. 44. §. 1. D. 44. 7., in diem ususfructus legatur in L. un. §. 3. D. quando dies ususfructus legati. (7. 3.)

43) So hereditas ad diem non recte datur in L. 34. D. de heredibus instituendis. (28. 5.) Vgl. L. 44. §. 1. D. 44. 7.

44) L. 213. D. de V. S. (50. 16.) L. 21. pr. D. quando dies leg. (36. 2.)

45) L. 213. D. 50. 16. L. 21. pr. D. 36. 2. L. 44. §. 1. u. L. 46. pr. D. 44. 7. §. 2. J. 3. 16.

Digitized by Google

Uebergang auf die Erben [46]); von diesem das Recht zur Mahnung [47]) und jeder andern, wenn auch nur außergerichtlichen, Geltendmachung des Anspruchs [48]). Jenen denken sie sich als Anfangspunkt der Obligation, diesen als Zahlungstermin [49]). Mit diesen Ansichten hängen auch die weiteren Folgen zusammen, welche den noch nicht betagten Forderungen in den römischen Rechtsquellen zugeschrieben werden. Denn wenn schon der Zahlungstag derselben noch nicht gekommen, so steht es doch in der Willkür des Schuldners, auch vorher zu zahlen, sofern die Existenz des Termins nur sonst gewiß ist, und der Gläubiger ist nicht befugt, diese Zeitbestimmung zur Zurückweisung der früheren Zahlung für sich zu benutzen [50]); ferner kann, was vor dem Eintritt des Termins gezahlt ist, nicht als ein Indebitum mit der Condictionsklage in Anspruch genommen werden, selbst dann nicht, wenn die Klage auch vor dem Eintritte des Termins angestellt wird [51]); auch ist zur Sicherung des Anspruches, welcher aus einer noch nicht betagten Obligation entsteht, nicht allein eine Pfandbestellung [52]), sondern auch eine Bürgschaft [53]) möglich, und wenigstens von dem Pfande wird uns ausdrücklich berichtet, daß die aus demselben entstehende Klage schon vor dem Eintritte des Zahltages angestellt werden könne [54]); eine Novation ist auch bei noch nicht betagten Verbindlichkeiten zulässig [55]); ja sogar ein Constitutum kann über dieselben eingegangen werden, selbst in der Art, daß die Zahlung aus dem Constitut auf einen früheren Termin verlegt wird [56]); endlich konnten dergleichen Forderungen auch bei der deductio, welche gegen den bonorum emptor gebraucht wird, in Abrechnung gebracht werden, obschon sie weder im vorjustinianischen Rechte bei dem cum compensatione agere [57]), noch im Justinianischen Rechte zur Begründung der Compensationseinrede benutzt werden können [58]). Aus dem Gesagten ergibt sich zugleich so viel als gewiß, daß, wenn schon die noch nicht betagten Forderungen mit den natür-

---

46) L. 3. u. L. 5. pr. D. 36. 2. L. 21. pr. D. ibid. Theoph. paraphr. inst. II. 20. §. 20. ed. Reitz tom. I. p. 454.

47) L. 49. §. 3. D. de verborum obligationibus. (45. 1.)

48) §. 2. J. 3. 16. L. 44. §. 1. D. 44. 7. L. 21. pr. D. 36. 2. L. 213. pr. D. 50. 16.

49) L. 38. §. 16. D. 45. 1. L. 70. D. 46. 3. L. 15. D. de annuis legatis. (33. 1.) L. 137. §. 2. D. 45. 1.

50) L. 17. D. 50. 17. L. 41. §. 1. D. 45. 1.

51) L. 10. L. 16. §. 1. u. L. 17. D. de condictione indebiti. (12. 6.)

52) L. 5. pr. D. de pignoribus et hypoth. (20. 1.) L. 14. pr. D. ibidem.

53) Caius inst. III. §. 124. L. 6. §. 2. D. de fideiuss. (46. 1.) L. 35. D. iudiciis. (5. 1.) L. 50. pr. D. de peculio (15. 1.), vergl. mit L. 89. D. 45. 1.

54) L. 14. pr. D. 20. 1.

55) L. 5. D. de novationibus. (46. 2.)

56) L. 3. §. 2. D. de constituta pecunia. (13. 5.) L. 4. D. ibid. L. 2. pr. C. de constituta pecunia. (6. 18.)

57) Caius, inst. IV. §. 67.

58) L. 7. pr. D. de compensat. (16. 2.) L. 16. §. 1. D. ibid. Bei gestundeten Forderungen hat indeß die Compensationsbefugniß kein Bedenken. Vgl. L. 16. §. 1. D. ibid.

lichen Verbindlichkeiten viele Aehnlichkeit haben, welche sich namentlich darin zeigt, daß auch diese nicht auf dem Wege der Klage geltend gemacht werden können[59]), daß sie ferner zu größerer Sicherheit des Gläubigers eine Pfand-[60]) und Bürgenbestellung[61]) zulassen, daß, wenn sie erfüllt werden, eine Rückforderung mit der Condictionsklage auch hier überall nicht möglich ist[61a]), und daß endlich auch sie zur Novation[62]) und zum Constitut[63]) benutzt werden können, — sie doch nicht mit denselben verwechselt werden dürfen, da die natürlichen Verbindlichkeiten das vor den nicht betagten Forderungen voraus haben, daß sie auch auf dem Wege der Einrede geltend gemacht werden können[64]), und mithin auch zur Begründung der Compensation tauglich erscheinen[65]). Auch wird es jetzt möglich sein, aus dem Gesagten die Unterschiede der noch nicht betagten Verbindlichkeiten, und derer, welche von einer Suspensivbedingung abhängen, zu entwickeln. Denn wenn schon diese letzteren das mit den ersteren gemeinsam haben, daß sie vor dem Eintritt der Bedingung weder auf dem Wege der Klage, noch auf dem der Einrede geltend gemacht werden können[66]), so geben sie doch dem Gläubiger bei weitem weniger Berechtigung, als die zuerst genannten, da die bedingten Verbindlichkeiten nach den Ansichten der römischen Rechtsgelehrten nur die Hoffnung enthalten, daß die Obligation einmal zu Stande kommen, und etwas aus derselben geschuldet werden werde[67]), und gerade nur diese Hoffnung, und nichts mehr und nichts minder, auf die Erben activ und passiv übertragen wird, wenn die contrahirenden Personen vor dem Eintritt der Suspensivbedingung sterben[68]). Mit dieser Ansicht hängt es zusammen, wenn die römischen Rechtsquellen dem, welcher den Betrag der Obligation vor dem Eintritt der Bedingung gezahlt hat, die Condictionsklage auf Rückgabe des Gezahlten gestatten[69]); die Pfandbestellung für die bedingte Verbindlichkeit nicht eher für wirksam erklären, als bis die Bedingung, von der sie abhängt, eingetreten ist[70]); eine Novation über eine bedingte Verbind-

---

59) Theoph. paraphr. inst. III. 20. §. 1. L. 94. §. 3. D. de solut. et lib. (46. 3.)

60) L. 5. pr. D. 20. 1. L. 14. §. 1. D. ibid.

61) Theoph. l. c. III. 20. §. 1. L. 6. §. 2. u. L. 7. D. 46. 1. L. 16. §. 3. D. ibid.

61a) L. 19. pr. D. 12. 6. L. 64. D. ibid. L. 6. §. 2. u. L. 7. D. 46. 1. Theoph. l. c. III. 20. §. 1.

62) L. 1. §. 1. D. de novationibus. (46. 2.)

63) L. 1. §. 7. D. de pecunia constituta. (13. 5.)

64) L. 94. §. 3. D. 46. 3. L. 8. §. 1. D. ratam rem. (46. 8.) L. 26. §. 9. D. 12. 6.

65) L. 6. D. de compensat. (16. 2.)

66) L. 213. pr. D. de V. S. (50. 16.)

67) §. 4. J. de verb. oblig. (3. 16.) Daher vor dem Eintritt der Bedingung von einem dies cedens der Obligation nicht die Rede sein kann. L. 213. pr. D. de V. S. (50. 16.)

68) §. 4. J. 3. 16. §. 25. J. de inutilibus stipulationibus. (3. 20.) L. 57. D. 45. 1.

69) L. 16. pr. D. de cond. indeb. (12. 6.)

70) L. 5. pr. D. de pignoribus et hypoth. (20. 1.)

lichkeit im Allgemeinen zwar für zulässig erklären, doch mit dem Zusatze, daß die Novation erst von dem Augenblicke an, wo die Bedingung in Erfüllung geht, wirksam sei [71]), und endlich ein über eine bedingte Verbindlichkeit eingegangenes Constitut nur unter der Voraussetzung, daß dieselbe in Erfüllung geht, und von dem Augenblicke an, wo dieß geschieht, als giltig anerkennen [72]). Auch darf man das Nämliche unbedenklich für die Bürgschaft annehmen, welche über bedingte Obligationen eingegangen wird, da die römischen Rechtsquellen die Stellung von Bürgen für künftige Obligationen für zulässig erklären [73]).

Fragt man nach den Wirkungen, welche der Eintritt des Anfangstermins auf die von demselben abhängig gemachten Obligationen hat, so ist zunächst wieder zu unterscheiden zwischen einem gewissen Anfangstermin (certus oder certa dies), d. h. einem solchen, von welchem es schon im Voraus entschieden ist, daß und wenn er eintreten werde [74]), und zwischen einem ungewissen (incertus oder incerta dies), d. h. einem solchen, von dem man im Voraus nicht weiß, ob er jemals oder wenn er eintreten werde [75]). Die Wirkungen des bestimmten Anfangstermins auf die Obligationen, welchen er hinzugefügt ist, werden sich am besten detailiren lassen, wenn man zwischen seiner wesentlichen und zufälligen Bedeutung unterscheidet. Der wesentlichen Wirkungen gibt es nur zwei im römischen Rechte, nämlich 1) der Aufschub der Fälligkeit der Forderung bis zum Ablaufe der dadurch gesetzten Frist. Die ohne Hinzufügung eines solchen dies, pure eingegangene Obligation ist im Augenblicke ihrer Eingehung nach den Ansichten der römischen Rechtsgelehrten zugleich begründet und fällig (dies cedit et venit), und der Schuldner kann sogleich auf Erfüllung belangt werden (peti potest, actio nata est); der hinzugefügte Erfüllungstermin verschiebt aber, ohne die Eingehung der Obligatio, den Erwerb der Forderung aufzuschieben (dies cedit), die Fälligkeit (dies venit), die Verbindlichkeit zur Zahlung, die Klagbarkeit bis zum Ablaufe der gesetzten Frist [76]). Damit hängt es zusammen, wenn in mehreren Pandektenstellen die Ansicht ausgesprochen wird, daß die Hinzufügung des Zeittermins lediglich den Nutzen des Schuldners be-

---

71) L. 8. §. 1. D. 46. 2. L. 14. §. 1. D. ibid.

72) L. 19. pr. D. de constituta pecunia. (13. 5.)

73) L. 6. §. 2. D. de fideiuss. (46. 1.) L. 4. pr. D. ibid. §. 1 u. 3. J. de fideiussoribus. (3. 21.) L. 35. D. de iudiciis et ubi quisque. (5. 21.) L. 50. pr. D. de peculio. (15. 1.)

74) Caius, inst. I. 186., II. 250., III. 124. Ulp. fr. 24. 31. L. 21. pr. D. quando dies legatorum. (36. 2.) L. 70. D. solutionibus. (46. 3.)

75) L. 16. §. 1. D. de cond. indeb. (12. 6.) L. 30. §. 4. D. de leg. I. (30.) L. 77. §. 10. D. de leg. II. (31.) L. 1. pr. D. de condictionibus et demonst. (35. 1.)

76) §. 2. J. 3. 16. L. 21. pr. D. quando dies leg. (36. 2.) L. 44. §. 1. D. 44. 7. L. 46. pr. D. de V. O. (45. 1.) L. 41. §. 1 u. 2. D. ibid. L. 213. D. de verborum signif. (50. 16.) Vergl. v. Schröter, über die Regel dies interpellat pro homine, in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 4, S. 137—140.

zweckt [77]). Diese Klagbarkeit tritt aber nach unzweifelhaften Zeugnissen erst dann ein, wenn der letzte Termin des festgesetzten Zeittermines abgelaufen ist [78]). 2) Die Aestimation der geschuldeten Leistung richtet sich nach dem der Obligation hinzugefügten gewissen Zeittermine [79]). — Die nur zufälligen Wirkungen des certus dies beruhen entweder auf besonderer Verabredung, oder auf specieller Verfügung der Gesetze zu Gunsten bestimmter Personen. Auf den zuerst angegebenen Grund lassen sich folgende Wirkungen zurückführen: daß, falls nach der Verabredung der Parteien von den später eingehenden Geldern Zinsen entrichtet werden sollen, diese Zinsen mit dem Ablauf des Zahltages zu laufen anfangen [80]); daß ferner, wenn der Vertrag nur mit Rücksicht auf die Erfüllung zu einer bestimmten Zeit geschlossen wird, z. B. falls ein Lieferungsvertrag vorliegt, dessen Erfüllung für den Gläubiger nur insofern Interesse hat, als sie genau zur festgesetzten Zeit erfolgt, der letztere theils an denselben nur dann gebunden ist, wenn die Leistung pünktlich erfolgt, theils im entgegengesetzten Falle die Klage auf das Interesse erhält [81]); daß außerdem die Nachtheile, welche aus der dem Kaufvertrage hinzugefügten lex commissoria für den Käufer zu fürchten sind, den letzteren schon dann treffen, wenn er die geschuldete Summe dem Verkäufer nicht am festgesetzten Termine angeboten hat [82]), und daß endlich die einem Geschäfte hinzugefügte Conventionalstrafe auch ohne vorhergehende Mahnung des Gläubigers schon dann fällig wird, wenn die versprochene Leistung an dem bestimmten Zahlungstage nicht erfolgt [83]). Auf specielle Verfügung der Gesetze zu Gunsten bestimmter Personen lassen sich folgende Wirkungen des gewissen Zahlungstermines zurückführen: daß bei Minderjährigen, welche eine von einem bestimmten Zahlungstermine abhängige Forderung haben, schon der Ablauf des Termines hinreicht, um die mora ex re zu ihren Gunsten zu begründen [84]); daß ferner, wenn die mit der Freiheit beschenkte Sclavin vor der Freilassung geboren, und zwar nach dem Tage, wo die Freiheit fällig war, insofern eine mora ex re angenommen wird, als der Herr zur Freilassung des Partus gezwungen werden kann, während der Partus schon

---

77) L. 17. D. de R. I. (50. 17.) L. 41. §. 1. D. 45. 1. Auch das tempus iudicati wird nur zu Gunsten des zur Zahlung verurtheilten Schuldners erklärt. L. 7. D. de re iudicata. (42. 1.)

78) L. 42. D. 45. 1. L. 50. D. 44. 7. §. 2. J. 3. 16. §. 26. J. de inutilibus stipulat. (3. 20.)

79) L. 11. D. 42. 1. L. 4. D. de cond. trit. (13. 3.) L. 59. D. 45. 1. L. 22. D. de rebus cred. (12. 1.) L. 12. §. 1. D. si quis caut. (2. 11.)

80) L. 17. §. 4. D. de usuris. (22. 1.) L. 12. D. ibid.

81) L. 10. C. de actionibus emti venditi. (4. 49.)

82) L. 4. §. 4. D. de lege commissoria. (18. 3.)

83) L. 23. D. 44. 7. L. 47. D. de act. empti. (19. 1.) L. 77. D. de verbor. obligat. (45. 1.) L. 9. D. de naut. foen. (22. 2.) L. 21. §. 9. D. 4. 8. L. 9. pr. D. 22. 1. L. 23. pr. §. 1. 3. D. 4. 8. L. 12. C. de contrah. et committ. stipulatione. (8. 38.) — L. 9. §. 1. D. 22. 1. spricht von einer in die Form eines Zinsversprechens gekleideten Conventionalstrafe.

84) L. 5. C. de actionibus empti. (4. 49.) L. 3. C. ex quibus causis in integrum restitutio (2. 41.), vergl. mit L. 87. §. 1. D. de leg. II. (31.)

an und für sich als ingenuus betrachtet wird, wenn er nach dem Tage geboren ward, wo die Mutter bereits auf Freilassung interpellirt hatte[85]), und daß endlich die Nachtheile, welche den Emphyteuticar treffen, falls er es unterläßt, den jährlichen Canon an den Grundherrn zu zahlen, oder aber die Quittungen über die Grundsteuern demselben auszuantworten, nach Justinian's specieller Verfügung auch ohne vorhergehende Mahnung des Grundherrn eintreten. — Der ungewisse Anfangstermin wird in der Regel nicht allein bei Obligationen[86]), sondern auch bei letztwilligen Vermächtnissen[87]) überall der Suspensivbedingung in seinen Wirkungen gleichgestellt, und dieß zeigt sich namentlich bei der vor dem Eintritt desselben geleisteten Zahlung. Denn diese gilt nach den Ansichten der römischen Rechtsgelehrten beim unbestimmten Anfangstermine für unwirksam[88]), bei dem bestimmten hingegen hat sie die volle Wirkung der Liberation[89]). Eine Ausnahme tritt dann ein, wenn der einer Obligation hinzugefügte Anfangstermin nur in Ansehung der Frage, wann er eintreten werde, ungewiß ist, z. B. der Todestag eines Menschen, da auch hier die vor dem Eintritt des Zeittermines geleistete Zahlung zu keiner Zeit mit der Condiction revocirt werden kann[90]), und bei Legaten, welche auf die Todeszeit des Legatars gestellt werden, wird der hinzugefügte Zeittermin nur als Zahlungstag betrachtet, so daß das Legat schon vorher vom Legatar erworben und auf dessen Erben transmittirt wird[91]).

Von den Fällen, in welchen durch specielle Verabredung der Parteien zu dem Geschäfte ein Anfangstermin hinzugefügt wird, sind die zu trennen, in welchen ein Erfüllungstermin entweder stillschweigend zum Geschäfte hinzutritt, oder aber durch besondere Nachsicht des Gläubigers dem Schuldner gewährt wird. Das Erste findet statt, sobald ein entfernter Zahlungsort von den Parteien festgesetzt wird; denn dann muß dem Schuldner vor Anstellung der Klage wenigstens so viel Zeit gelassen werden, als er braucht, um von seinem jetzigen Aufenthaltsorte mit Bequemlichkeit an den Zahlungsort zu gelangen[92]), um so mehr, da der Schuldner bei der Zahlung auch sonst nicht an die Minute gebunden ist[93]). Das Letzte kommt bei den gestundeten Forderungen vor. Gerade hier würde es unbillig sein, wenn man die durch die Nachsicht des Gläubigers bewilligte Zeitfrist zu dessen Nachtheil benutzen wollte. Auch scheinen die römischen Rechtsquellen diese Ansicht zu bestätigen, da sie gestundete Forderungen als zur Compensationseinrede tauglich anerkennen[94]).

---

85) L. 26. §. 1. D. de fid. lib. (40. 5.) L. 53. pr. D. ibid.

86) L. 45. §. 3. D. 45. 1. L. 38. §. 16. D. ibid., vergl. mit L. 70. D. de solut. et lib. (46. 3.)

87) L. 75. D. 35. 1. L. 21. pr. D. 36. 2. L. 22. pr. D. ibid.

88) L. 38. §. 16. D. 45. 1.

89) L. 38. §. 16. D. 45. 1. L. 70. D. 46. 3.

90) L. 10. L. 16. pr. §. 1. u. L. 17. D. 12. 6.

91) L. 79. pr. D. 35. 1. L. 4. §. 1. D. 36. 2., vergl. mit L. 79. §. 1. D. 35. 1.

92) L. 2. §. 6. D. de eo, quod certo loco. (13. 4.) L. 137. §. 2. D. 45. 1. L. 73. pr. D. 45. 1.

93) L. 105. D. 46. 3. L. 21. §. 1. D. 13. 5.

94) L. 16. §. 1. D. de compensationibus. (16. 2.)

Den Endtermin anlangend, so ist es allgemein anerkannt, daß nicht allein bei Obligationen, sondern auch bei letztwilligen Verordnungen ohne Weiteres auf Erfüllung geklagt werden könne, wenn nur sonst das Geschäft von keiner Suspensivbedingung oder einem Anfangstermine abhängig gemacht worden ist; ja die Verpflichtung, den Gegenstand der Obligation zu leisten, und die derselben entsprechende Berechtigung des Gläubigers dauert nach einer Subtilität des römischen Rechtes juristisch (ipso iure) auch noch nach dem Eintritt des Endtermines fort, sie wird aber factisch dadurch unwirksam gemacht, daß dem Schuldner nachher eine Einrede gegen die Klage des Gläubigers gestattet wird[95]). Diese Einrede heißt in den römischen Rechtsquellen bald exceptio pacti conventi, bald exceptio pacti, bald exceptio doli mali, und gerade dieß deutet darauf, daß die Hinzufügung des Endtermines als eine besondere Verabredung der Parteien über die Wiederauflösung des von Anfang an giltigen Geschäftes betrachtet wurde, gerade wie dieß bei den Resolutivbedingungen der Fall war[96]). Allein man blieb nicht allein bei den Obligationen stehen, sondern dehnte diese Grundsätze auch auf solche Rechte aus, welche das Merkmal der Dauer an sich tragen und ihrer Natur nach nicht vorübergehend sind. So bei der Eigenthumsübertragung[97]), bei der Bestellung einer Dienstbarkeit[98]) und bei der Ertheilung eines Legates[99]). Vom Standpunkte des Justinianischen Rechtes aus darf man wohl behaupten, daß diese Subtilität abgekommen sei, und mithin der Eintritt des Endtermines das ganze Recht schon ipso iure zerstöre. Zunächst wurde dieß in Betreff der Schenkungen und Contracte durch kaiserliche Constitutionen sanctionirt[100]) und späterhin auch auf Legate und Fideicommisse übertragen[101]). So erklärt sich ganz einfach, wie in die Justinianischen Pandekten die allgemein sprechende L. 52. §. 3. D. de pactis (2. 14.) neben anderen Stellen, welche das ältere Recht enthalten, eingetragen werden konnte.

Manche Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen lassen weder einen Anfangstermin, noch einen Endtermin zu. Dahin gehören die sogenannten actus legitimi (s. diesen Art.), ferner die legis actiones[102]), welche durch einen Beisatz dieser Art vernichtet wurden[103]). Auch die testamen-

---

95) L. 56. §. 4. D. 45. 1. L. 44. §. 1. D. 44. 7. §. 3. J. de verbor. obligat. (3. 16.) Zu allgemein spricht L. 52. §. 3. D. de pactis. (2. 14.)

96) L. 2. D. de in diem addictione. (18. 2.) L. 3. D. de contr. empt. (18. 1.) L. 1. D. de lege commissoria. (18. 3.)

97) Fr. Vat. §. 283. L. 2. C. de donationibus, quae sub modo. (8. 55.) Vergl. Rudorff, das Recht der Vormundschaft, Th. 1, S. 294.

98) L. 4. pr. D. de servitutibus. (8. 1.)

99) L. 44. §. 1. D. 44. 7.

100) L. 2. C. 8. 55. L. 26. C. de legatis. (6. 37.) Vergl. L. 1. C. 8. 55.

101) L. 26. C. 6. 37. S. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 4, S. 455.

102) Fr. Vat. §. 318. Caius, inst. IV. 11.

103) Von den actus legitimi sprechen L. 77. D. de R. I. (50. 17.), Fr. Vat. §. 329, L. 4. D. de acceptilatione (46. 4.), L. 6. §. 1. D. de tutelis

tarische Erbeinsetzung konnte weder bis zu einem Termine, noch von einem Termine an geschehen[104]), freilich mit dem Unterschiede, daß fehlerhafte Erbeinsetzungen der Art ohne Rücksicht auf den hinzugefügten Zeittermin aufrecht erhalten wurden. Heimbach.

**Dignität** ist im Allgemeinen die durch persönliche, im Besonderen die durch amtliche Verhältnisse begründete Ehrerbietung [1]). Indem hier die Rücksicht auf das Amt als entscheidend betrachtet wird, verstehen wir unter Dignität eine vermöge desselben erlangte bevorzugte Anerkennung (Präeminenz), sei es, daß dieselbe auf Rechten der Regierung beruht, oder mit einer bloßen Ehrenstelle verbunden ist. Beides erleidet eine Anwendung auf die Stellung von Personen im weltlichen (bürgerlichen) und religiösen (kirchlichen) Gebiete und erfordert demnach eine gesonderte Betrachtung.

Im Staate, als einer in bestimmter, wenn gleich verschiedener Verfassung geordneten Gesellschaft, haben außer dem Haupte, das sich im Besitze der höchsten Dignität (maiestas) befindet, auch alle verwaltenden Personen (Beamte) eine gewisse Dignität. Technisch wird diese aber nur Einzelnen als eigentlichen Würdenträgern beigelegt, worüber stets die besondere Verfassung entscheidet. So sind schon im römischen Reiche, besonders seit dem vierten Jahrhunderte, viele Hof- und Staatsdiener dignitates[2]), nicht minder später in Teutschland. Hier findet sich der Ausdruck dignitas, so wie das teutsche Wort Würde für den Kaiser und die Landesherren, als dem Curialstil entsprechend, lange im Gebrauche [3]). Außerdem erscheinen als Dignitäten die aus den alten Antrustionen und Leudes hervorgegangenen ersten Hof- und Staatsbeamten [4]), sowohl Geist-

---

(26. 1.), L. 51. §. 2. D. de adquirenda vel omittenda hereditate (29. 2.); von den legis actiones Fr. Vat. §. 318.

104) L. 34. D. de heredibus instit. (28. 5.) §. 9. J. de hered. instit. (2. 14.) Vgl. L. 88. D. 28. 5. L. 13. §. 1. D. de liberis et postumis. (28. 2.) L. 17. §. 10. D. de minoribus XXV annis. (4. 4.)

1) Man vergl. überhaupt die Lexica und Glossare s. v. dignitas. Die Rechtsquellen, mit denen wir es hier zu thun haben, brauchen den Ausdruck in mannigfachen Bedeutungen, die sich aber auf die persönliche oder amtliche Stellung zurückführen lassen. In jener Rücksicht ist er oft gleichbedeutend mit honestas überhaupt und bildet als integra dignitas den Gegensatz von infamia. M. s. z. B. L. 2. 3. §. 1. D. de testibus (22. 5.), u. a. c. 1. C. de infamibus (10. 57.); dann wird er auf das elterliche Verhältniß angewendet, indem es z. B. heißt: patria dignitas, quaesita per adoptionem (L. 13. D. de adoption. [1. 7.]). Amtlich vom Consul, Prätor u. s. w., Senator (vergl. Jac. Gothofredus, Paratitlon zum Cod. Theod. lib. VI. tit. II; Dirksen, manuale latinitatis s. h. v.).

2) Man vergl. besonders die bekannte Notitia dignitatum utriusque imperii, ed. nov. Böcking. (Bonn 1839, 1840), und den Anm. 1 cit. Jac. Gothofredus.

3) Viele Belege gibt Pfeffinger im Vitriarius illustratus lib. I. tit. IV. pag. 385 sq.

4) Ueber diese s. m. Buri, Erläuterung des in Teutschland üblichen Lehnrechtes, S. 239 flg.; v. Fürth, die Ministerialen (Cöln 1836, 8.), 135 flg. Vergl. Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgeschichte, I. §. 25, b u. a.

liche als Weltliche (sacerdotes atque proceres), als Reichsstände[5]). Sie bilden in ihrer weiteren Entwickelung zwei Classen, nämlich 1) die der Reichsfürsten und 2) die der Grafen und Herren (Herrenstand), aus Geistlichen und Laien bestehend. Sie sind als Landesherren, freie Prälaten und Herren der hohe Adel. Seit dem dreizehnten Jahrhunderte werden auch die Reichsstädte durch Rathsglieder auf dem Reichstage repräsentirt und seit dem funfzehnten Jahrhunderte bildeten dieselben drei Collegien, deren Mitglieder als Dignitäten zu betrachten sind. Analoge Verhältnisse wurden in den einzelnen Territorien durch die aus dem Einigungswesen hervorgehenden Landstände (Prälaten, Herren und Ritter) begründet, und wenn auch sowohl in Beziehung auf das Reich, als die teutschen Lande die späteren Ereignisse die wesentlichste Umgestaltung veranlaßt haben, so sind doch durch das Particularrecht, die besonderen Grundgesetze und Verfassungsurkunden in Betreff der Dignitarien Bestimmungen ergangen, wie sie den veränderten Staatseinrichtungen entsprechen. Vorzugsweise bezieht sich der Begriff der Dignität jetzt auf gewisse Hof-, Staats- und Kirchenchargen, welche in den Handbüchern über Hof und Staat der einzelnen Länder genau aufgeführt sind[6]).

In selbstständiger Weise, wenn gleich in bestimmtem Zusammenhange mit den Staatseinrichtungen, haben sich die Grundsätze über die kirchlichen Dignitäten festgestellt[7]).

Der Ausdruck dignitas, mit praelatura, personatus, officium oft gleichbedeutend gebraucht[8]), kommt wie alle diese Prädicate in sehr verschiedenem Sinne vor. Im Allgemeinen liegt aber immer darin eine Präeminenz, welche Folge eines kirchlichen Amtes ist. Jeder Geistliche, der sich in einem Kirchenamte (officium ecclesiasticum) befindet, hat eine kirchliche Gewalt (maioritas)[9]) und insofern er dauernd ein Amt bekleidet, wird er persona, praelatus[10]). Da aber das Kirchenamt ein höhe-

---

5) Runde, Abhandlung vom Ursprung der Reichsstandschaft der Bischöfe und Aebte. Göttingen 1775, 4. Dazu vergl. man Eichhorn a. a. O. I. §. 121, 122.

6) M. s. im Allgemeinen die Artikel Dignitar und Dignität von v. Bosse, in Ersch und Gruber allgem. Encyclopädie, Sectio I, Th. 25, S. 191 flg. — Ein tieferes Eingehen in die bürgerlichen Rang- und Standesverhältnisse, insoweit sich gewisse rechtliche Folgen daraus herleiten lassen, konnte hier natürlich nicht beabsicht sein und muß in anderen Artikeln des Rechtslexikons erfolgen. M. s. darüber auch den Art. Beamte.

7) Vergl. Tit. X. III. 5. in VI. III. 4. Clem. III. 2. de praebendis et dignitatibus. — Van Espen, ius eccles. universum P. II. tit. XVIII. cap. II.

8) M. s. die speciellen Nachweisungen bei Gonzalez Tellez ad cap. 8. X. de rescriptis nr. 6 (T. I. p. 105), zum c. 6. X. de consuetudine nr. 8 (eod. p. 191), zum cap. ult. X. ut lite pendente nr. 3 (T. II. p. 308), zum cap. X. de praeb. et dignit. nr. 13 (T. III. p. 127) u. a. m. Hostiensis erklärt daher unter Anderem in der Summe zum Tit. X. de praeb. et dignit.: Dignitas est quaedam praeeminentia in gradu, quae aliquando vocatur personatus.

9) Tit. X. de maioritate et obedientia. (1. 33.)

10) Der vicarius perpetuus, nicht aber der commendatarius (complementarius), welcher nutu episcopi amovibilis ist, gehört daher schon hierher und

res oder geringeres ſein kann, ſo wird ſtreng genommen nur derjenige persona oder praelatus genannt, welcher ein officium maius inne hat und dem deßhalb eine dignitas zugeſprochen wird.

Der Grund der dignitas in höherer Abſtufung liegt in der katholiſchen Kirche zunächſt in einem höheren Ordo, alſo überhaupt in der hierarchia ordinis [11]). Unter ſolchen, die einen gleichen Ordo haben, entſcheidet der längere Beſitz deſſelben [12]) oder auch wohl die Rückſicht darauf, daß die Ordination von der apoſtoliſchen Kirche ertheilt iſt [13]). Außerdem und vorzugsweiſe hängt aber der kirchliche Rang von der Stellung ab, welche der Geiſtliche in der hierarchia iurisdictionis einnimmt. Wer eine iurisdictio nomine proprio ausübt, möge er dieſelbe als ein urſprünglich ſelbſtſtändiges Recht (iurisdictio ordinaria) oder auch erſt durch Uebertragung (iurisdictio extraordinaria und delegata) [14]) erlangt haben, hat im eigentlichen Sinne eine Dignität oder Prälatur.

Quellenmäßig und richtig unterſcheidet Benedict XIV. in ſeiner Schrift de synodo dioecesana (lib. III. cap. 3. init.): Dignitas, personatus et officium saepe promiscue accipiuntur, stricte tamen et iuxta iuris apices, distincta sunt beneficia. Dignitatem quippe obtinere dicitur, qui ratione beneficii, quod possidet, praeeminentiam habet, cum iurisdictione in foro externo, sicuti olim erat et alicubi etiam nunc est Archidiaconus: Personatum, qui solam praeeminentiam sine iurisdictione, uti Prior et Decanus: Officium, qui nec praeeminentiam, nec iurisdictionem, sed administrationem dumtaxat habet aliquarum rerum ad ecclesiam pertinentium, uti Sacrista et Thesaurarius. Hi omnes, lato quodam loquendi modo, dicuntur Praelati et ea propter, si sint de clero seculari, nec privilegio post Tridentinum impetrato excusentur, tenentur Synodo Dioecesanae interesse.

So richtig dieſe Diſtinction aber auch iſt, ſo fehlt doch eine nähere Berückſichtigung des hie und da abweichenden Sprachgebrauches und eine, freilich nicht beabſichtigte, hier aber nothwendig hinzuzufügende, Nachweiſung der einzelnen in dieſe Kategorie gehörenden Kirchenämter.

Da zum Begriffe der Dignität weſentlich ein mit eigener Jurisdiction (iurisdictio propria) verbundenes Kirchenamt gehört, ſo beſaßen urſprünglich dieſe Würde nur wirkliche Diöceſanbiſchöfe. Im Verlaufe der Zeit

---

wird auch von Alexander III. ausdrücklich persona genannt; cap. 8. X. de filiis presbyterorum (1. 17.), vergl. cap. 10. 11. 13. X. eod. — Wegen des Ausdruckes praelatus für jeden Pfarrer ſ. m. noch die bei Gonzalez Tellez ad cap. 3. X. de officio iudicis ord. (1. 31.) not. b (tom. I. p. 756) citirten Stellen.

11) Man vergl. ſtatt vieler Stellen, in denen zugleich auf materielle Vortheile u. ſ. w., die mit dem höheren Ordo verbunden ſind, hingewieſen wird, cap. 15. X. de mai. et obed. (1. 33.)

12) Cap. 1. X. de M. et O. (1. 23.)

13) Cap. 7. X. de M. et O. Dazu vergl. man Gonzalez Tellez, nr. 3 (T. I. p. 829).

14) Eine genauere Entwickelung der hier gebrauchten Begriffe wird in dem Art. von der geiſtlichen Gerichtsbarkeit erfolgen.

gelangten aber auch andere kirchliche Beamte zu einer nomine proprio geübten Jurisdiction oder wenigstens zu einem dignitarischen Range, so daß man drei Classen von Dignitäten oder Prälaturen unterscheiden kann.

I) Dignitates pontificales oder praelaturae sensu proprio, die eigentlichen und ursprünglichen Prälaten[15]), die Bischöfe, unter deren Begriff auch der Papst, Primaten und Erzbischöfe schon darum fallen, weil dieselben zugleich als Bischöfe eigener Diöcesen erscheinen[16]). Als Dignitäten gelten daher auch nicht bloße Weihbischöfe und nur insofern Titularbischöfe, als diesen ausnahmsweise noch wirklich bischöfliche Jurisdictionsrechte zustehen und sie auch nicht immer ohne alle Diöcese sind[17]).

II) Dignitates maiores oder praelaturae secundariae. Dazu gehören solche, denen wegen Verleihung von Jurisdictionsrechten, wegen besonderer Privilegien, unvordenklichen Besitzes oder vermöge besonderer Observanz eine Dignität zu Theil geworden ist. Zu dieser Classe sind zu rechnen:

1) die Cardinäle, welche ihrem Range nach aber unmittelbar auf den Papst folgen, und daher selbst den Primaten vorgehen[18]);

2) Legaten und Nuntien des Papstes[19]);

3) die früheren Archidiaconen und Archipresbyteren[20]), und insofern ihnen die erforderliche Gerichtsbarkeit zustand, auch die Pröpste Decane, Custoden, Scholaster der Domstifte[21]);

---

15) Der Ausdruck praelatus findet sich im Texte des Decretes noch nicht, wohl aber kennt ihn Gratian, der ihn vorzugsweise vom Bischofe braucht: Non omnes praelati pro praelatis habentur; nomen enim non facit episcopum, sed vita (§. 7. post. c. 27. C. II. q. VII.). In einem weiteren Sinne hat Gratian (l. c. §. 5. 6) das Wort, wenn es heißt: Probatur, quod subditi praelatos suos accusare non possunt, etiam si religiosi fuerint.

16) Ordo episcoporum quadripartitus est, id est, in Patriarchis (— sicut est Romanus), Archiepiscopis, Metropolitanis atque Episcopis. C. 1. §. 1—8. dist. (Isidor. Etymol. c. a. 630).

17) S. Benedict. XIV. de synodo dioec. lib. II. cap. VII; vergl. Gonzalez Tellez ad cap. 7. §. 1. X. de electione nr. 10 in fin. (T. I. p. 252) u. A.

18) Cardinales, etsi episcopali careant charactere, ob eorum tamen officii ac dignitatis praestantiam episcopis praeferuntur, supra quos sedisse legimus in Concilio Lugdunensi I. etc. Benedict. XIV. de synodo lib. III. cap. X. S. Thomassin, vetus ac nova eccl. discipl. P. I. lib. II. cap. 113, 114; vergl. auch oben den Artikel Cardinal, Bd. II, S. 568, Anm. 6.

19) Ueber das Rangverhältniß derselben ist öfter gestritten worden. M. s. z. B. den interessanten Bericht in der Legatio apostolica Petri Aloysii Carafae episcopi Tricariensis etc. (edd. Ginzel, Wirceburg. 1840, 8.) p. 88, 89, 100, 101.

20) Cap. 3. X. de officio iud. ord. (1. 31.) (Alexander III. a. 1170). Vergl. J. H. Böhmer zu diesen Stellen, cap. 1. X. de eo, qui furtive ordinem suscepit (5. 30.) (Alex. III. a. 1180). M. s. die Art. Archidiaconus und Archipresbyter oben Bd. I. — Entscheidend für das Wegfallen der Dignität wurde, außer verschiedenen particularen Normen, besonders Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 3. 20. de reform.

21) In vielen teutschen Diöcesen waren mit diesen Stiftsstellen zugleich Ar-

4) Häupter von Stiftern, Klöstern, Ritterorden. Diese waren zum Theil von der bischöflichen Gewalt eximirt (praelati nullius dioeceseos), hatten selbst bischöfliche Jurisdiction und Pontificalrechte (ius episcopale seu dioecesanum vel quasi), und sind, wenn gleich später im Verhältnisse zum Bischofe vielfach beschränkt, doch Dignitarien geblieben[22]).

III) Dignitates oder praelaturae honorariae, personatus, denen eine Präeminenz allein, ohne Jurisdictionsrechte zusteht. In diese Kategorie fallen jetzt besonders die unter Nr. II, 3, aufgeführten Beamten; doch lassen sich weniger allgemein die Dignitarien hier nachweisen, da vielmehr die besonders hergebrachten Rechte und Observanzen entscheidend sind. Hier kommt es daher auch besonders auf den Sprachgebrauch an, da, wie oben erinnert, die Ausdrücke dignitas, persona, praelatus eine engere und weitere Bedeutung haben, und aus den mit einem Amte verbundenen Vorrechten sich häufig erst entnehmen läßt, welche Bedeutung vorausgesetzt werden müsse. In Teutschland werden die erste oder die beiden ersten Stiftsstellen, die des Propstes und Decans, allgemein als Dignitäten[23]), die folgenden besonderen Aemter der Capitel als Personate betrachtet. Die Gewohnheit entscheidet, ob sie zugleich Dignitäten oder Prälaten genannt werden[24]).

Die Rechte der Dignitarien gestalten sich mit Rücksicht auf die angedeuteten Stufen in kirchlicher und bürgerlicher Hinsicht verschieden. In jener sind besonders mannigfache Ehrenrechte auszuzeichnen, wie der Vorrang bei Feierlichkeiten, in Zusammenkünften u. s. w., eine ausgezeichnete Kleidung (die Infuln u. s. w.), die Incensation (Empfang mit Räucherwerk beim Eintritt in die Kirche) und dergl., worüber die Gewohnheit entscheidet[25]).

Die bürgerlichen Vorrechte haben für die zu den einzelnen Classen der Dignitäten gehörenden Prälaten bedeutend gewechselt. So lange das teutsche Reich bestand, waren die dignitates pontificales meistens Landesherren, oder hatten wenigstens die Fürstenwürde. Dasselbe galt von den in der zweiten Classe erwähnten Häuptern der Klöster u. s. w., als gefürsteten Aebten und Prälaten. Die übrigen Dignitarien, welche an der Reichsstandschaft Theil hatten, gehörten zu der Classe der Prälaten und Herren (s. oben), so wie in den einzelnen Territorien zum landsässigen Prälaten- und Herrenstande.

---

chidiaconate u. s. w. verbunden. Der Generalvicar hat keine iurisdictio propria, und ist daher nicht Dignität; m. s. Van Espen l. c. §. XII.

22) M. s. die genauere Ausführung oben im Art. Bisthum, Bd. II, S. 235 flg.

23) Bereits das wiener Concordat nennt dieselben in den Domstiftern: dignitates maiores post pontificales, und in den Collegiatstiftern: dignitates principales.

24) C. 6. X. de consuetud. (1. 4.); vergl. c. 8. X. de constitutionib. (1. 2.), c. 8. X. de rescriptis (1. 3.), c. 13. 28. X. de praebendis et dignit. (3. 5.) Ueber die Observanz in Belgien s. m. van Espen l. c. §. X. XI.

25) M. s. übrigens das Einzelne im Art. Bischof, Decan u. a.

In Beziehung auf das teutsche Reich standen obenan die drei geistlichen Kurfürsten, die Erzbischöfe von Mainz, Cöln und Trier. Im Reichsfürstenrathe bildeten die Prälaten die geistliche Bank [26]). In den einzelnen Reichslanden war die Verfassung abweichend, zumal in geistlichen und weltlichen Staaten. In jenen hatte häufig jedes Mitglied des Domstifts als dignitarius oder persona Sitz und Stimme auf dem Landtage [27]).

Allgemeine Aenderungen erfolgten nach der großen Säcularisation im Anfange des jetzigen Jahrhunderts und den nach Auflösung des Reiches in den verschiedenen Territorien getroffenen neuen Einrichtungen. Die allgemeinen auf dem wiener Congresse gemachten Anträge in Betreff der Anerkennung der katholischen Bischöfe und Capitel als erste Landstände [28]) fanden zwar keinen Eingang, doch wurde im Wesentlichen den geäußerten Wünschen durch specielle Verordnungen und die Verfassungsurkunden späterhin entsprochen. In Oesterreich ist das ältere Verhältniß, nach welchem die Dignitarien der Capitel zu den Landständen der Provinz gehören, unverändert geblieben [29]).

Der Fürstenstand ist nicht mehr schlechthin ein Annexum bischöflicher Stellen. Die fürstliche Würde kann indessen theils durch die Person des Bischofes selbst vermöge seines Geburtsranges mit einer Diöcese verbunden sein, oder besonders höchstpersönlich oder auch allgemeiner an die Inhaber eines Bisthums geknüpft werden. So erhielt durch die Cabinetsordre des Königs von Preußen vom 4. October 1821 der Bischof von Münster, Freiherr v. Lüning, die fürstliche Würde. So der Bischof von Breslau u. A. Auch sind die Titulaturen genau in Preußen bestimmt. Das Prädicat Hochwürdigster, Gnaden ist allgemein zugestanden [30]). Auch ist im Jahre 1839 der Fürstbischof von Breslau zum Mitgliede des Staatsrathes ernannt worden. Aehnliche Bestimmungen sind in Bayern durch das Edict vom 10. Jan. 1822, in Sachsen durch die Verordnung vom 5. April 1821 u. s. w. ergangen. Für die Prälaten der oberrheinischen Kirchenprovinz ist der Rang durch besondere Verordnungen bezeichnet [31]). Der Erzbischof von Freiburg steht in der ersten Rangclasse, unmittelbar nach den Ministern, und hat den Titel Excellenz.

---

26) Ueber die einzelnen Glieder und deren Verhältniß vergl. man J. J. Moser, von den teutschen Reichsständen u. s. w. 1767; Majer, teutsche Staatsconstitution (Hamburg 1800), Bd. I, §. 52 flg.; Bd. II, §. 284 flg.

27) M. s. z. B. von Hildesheim Majer a. a. O. Bd. II, S. 563.

28) Klüber, Uebersicht der diplomatischen Verhandlungen des wiener Congresses, S. 216.

29) Hofverordnung vom 7. Febr. 1787; vergl. Helfert, von den Rechten und Pflichten der Bischöfe u. s. w., Bd. I, S. 281.

30) Circ.-Rescr. vom 12. April 1832 (v. Kamptz, Jahrbücher für die preuß. Gesetzgeb., Heft 78, S. 415, 416). Das Gesetz über die Rangordnung vom 7. Februar 1817 (Gesetzsamml. Jahrg. 1817, S. 61 flg.) schweigt über diese Verhältnisse. Indessen kann man annehmen, daß die Bischöfe den Rang der Oberpräsidenten haben, da für die evangelischen dieß ausgesprochen worden ist (s. Rescript vom 9. Febr. 1816).

31) Logner, Darstellung der Rechtsverhältnisse der Bischöfe in der oberrhein. Kirchenprovinz (Tübingen 1840, 8.), S. 67—69, vergl. S. 489.

Außerdem sind die Bischöfe Mitglieder der Ständeversammlungen, bald der ersten [32]), bald der zweiten Kammer [33]). Auch für den Decan, Weihbischof, die Capitularen u. s. w. sind die dritte und folgenden Rangstufen bestimmt worden. Der der Amtszeit nach älteste Decan ist in Württemberg Mitglied der Kammer der Abgeordneten [34]).

In der evangelischen Kirche hat sich in England und Schweden ein dem früheren analoges Verhältniß für die hohen Würden (Bischöfe, Dechanten, Archidiacone u. s. w.) erhalten. Abweichend wurde dasselbe dagegen in Teutschland, wenn gleich die höhere Geistlichkeit als Prälatenstand anerkannt blieb und einen entsprechenden Rang nach wie vor behauptet [35]). Auch die Mitgliedschaft an den Ständeversammlungen ist den evangelischen Prälaten zugestanden (s. die obigen Cit.).

Zur Classe der Dignitäten (Prälaten) gehören theilweise auch die Universitäten, bald insofern dieselben zum Theil aus Instituten hervorgegangen sind, denen früher ein solcher Rang gebührte, bald insofern ihnen ausdrücklich in der Person ihrer Vorsteher eine derartige Würde beigelegt worden ist [36]).

H. F. Jacobson.

**Dimissorialbriefe** sind nach dem Sprachgebrauche des canonischen Rechtes die Urkunden, in welchen ein Geistlicher zum Zwecke seines Ueberganges in einen anderen Sprengel, für immer und gänzlich (sogen. dimiss. perpetuae), oder in denen ein bestimmtes Individuum Behufs der in einer auswärtigen Diöcese zu empfangenden Weihe nur auf Zeit und in dieser Beziehung aus dem Diöcesanverbande entlassen wird (sogen. dimiss. temporales). Im weiteren Sinne werden jetzt darunter überhaupt die Urkunden verstanden, in denen ein Geistlicher auf die ihm rücksichtlich einer gewissen Person zustehenden Amtsverrichtungen zu Gunsten eines dritten Geistlichen Verzicht leistet.

A. Nach einer durchgreifenden Regel des älteren Kirchenrechtes wurden die Cleriker durch die Ordination dergestalt an den Dienst einer bestimmten Kirche gebunden, daß sie ohne Genehmigung des Bischofes weder selbst dieses Band lösen, noch von einem anderen Bischofe zum Dienst in seiner Diöcese aufgenommen werden durften, eine Bestimmung, welche die älteren Rechtsquellen aus der zwischen dem Cleriker und der Kirche bestehenden geistigen Ehe zu erklären lieben [1]). In vorkommenden Fällen

32) Im Großherzogthum Hessen (Verf.-Urk. Art. 52), Baden (Verf.-Urk. Art. 27).

33) Im Königreich Württemberg (Verf.-Urk. Art. 133), Großherz. Nassau (Verf.-Urk. Art. 22).

34) Verf.-Urk. Art. 136.

35) Ueber das Einzelne kann hier auf die Artikel Bischof und Capitel hingewiesen werden.

36) S. Klüber, öffentliches Recht a. a. O. §. 223, Nr. III; vergl. Weisse, de iure praelaturae Academiae Lipsiensis (Lips. 1819, 4.), auch in Eiusd. opuscula academica (Lips. 1829, 8.), P. I. nr. V.

1) Vergl. z. B. conc. Nic. c. 16. (c. 3. D. LXXI.); conc. Sard. c. 15. (c. 1. D. LXXI.); conc. Carth. III. c. 21. (c. 21. D. LXXII.) Innoc. I. ep. 2. (c. 2. D. LXXI.); Leo I. ep. 14. ed. Ball. (c. 1. C. XIX. qu. 2); conc. Chalc. c. 20. (c. 4. D. LXXI).

ſprach der Biſchof die Entlaſſung eines Clerikers und die Ermächtigung deſſelben zum Uebertritt in eine andere Diöceſe durch eine Urkunde aus[2]), welche, eine Art der Formaten, ſchon im achten Jahrhundert mit dem techniſchen Namen der literae dimissoriae belegt zu werden pflegte[3]). Solche Zeugniſſe ſind noch jetzt in Uebung, wiewohl ſie nicht mehr ausſchließlich die Aufnahme der einer fremden Diöceſe angehörenden Cleriker zu einer erlaubten machen, da dieſe nach den jetzt entwickelten Verhältniſſen zugleich auch die Genehmigung der Staatsregierungen vorausſetzt[4]).

Von der zweiten Art der Dimiſſorien, welche ſich nur auf die von einem anderen Biſchof zu empfangende Ordination bezieht, beſitzen wir einzelne, vielleicht ſchon in die Zeit der Ottonen fallende, Beiſpiele[5]); durchgreifender Gebrauch ſind ſie jedoch erſt geworden, ſeit der Grundſatz ſich verloren hatte, daß mit der Ordination nothwendig zugleich die Widmung für den Dienſt einer beſtimmten Kirche verbunden werden müſſe, alſo mit der Einführung der abſoluten Ordinationen in die Disciplin der Kirche (ſ. d. Art. Ordination). Von dieſer Zeit an beſtimmte ſich die Competenz des Biſchofs nicht mehr wie früher darnach, daß ein Cleriker zuerſt von ihm durch die Ordination an eine beſtimmte Kirche geknüpft worden war, ſondern nur nach der allgemeinen Rückſicht, daß ausſchließlich der Biſchof zu ordiniren berechtigt ſei, der vermöge ſeiner bisherigen Verhältniſſe zu dem Weihcandidaten deſſen perſönliche Fähigkeit am beſten zu beurtheilen vermöge. In dieſer Weiſe hat ſich denn auch die Geſetzgebung

---

2) Conc. Carth. I. c. 5. (c. 6. D. LXXI). — Vergl. Leon. I. ep. 13 (446): Illud quoque... volumus custodiri, ut nullus episcopus alterius episcopi clericum sibi audeat vindicare sine illius ad quem pertinet cessione, quam tamen evidentia scripta contineant.

3) Conc. Rom. sub Zachar. (734) c. 11, bei Mansi Coll. conc. XII. 382: Interdicimus, ut nullus episcoporum audeat.... alterius civitatis clericum sine dimissoriis sui episcopi suscipere vel ordinare. Conc. Rom. sub Eugen. (826) c. 18 (c. 1. D. LXXII), vergl. auch conc. Trull. c. 17 (c. 2. C. XXI. qu. 2). — Beiſpiele bei Regino, ed. Wasserschleben I. 450. 451., von denen die letztere aus Burchard. II. 227. in das Decret übergegangen iſt (c. 1. D. LXXIII), und bei Ballerini, de antiqu. can. coll. (Opp. Leonis M. T. III.) p. 142. — Ueber die Formaten ſelbſt und die angeblich dem Concil von Nicäa eignende Regula formatarum vergl. die Baller. l. c. p. 451. Für Laien finden wir im alten Rechte die Nothwendigkeit einer Zuſtimmung des Diöceſanbiſchofs zu der von einem anderen Biſchof zu ertheilenden Ordination nur einmal ausdrücklich ausgeſprochen, in conc. Carth. I. c. 5: Nec laicum usurpare sibi de plebe aliena ut eum ordinet sine conscientia eius episcopi de cuius plebe est. Im Decret c. 6. D. LXX. iſt das Wort ordinet in obtineat verwandelt, was Eichhorn, K.-R. S. 475, zu der Behauptung Veranlaſſung gegeben hat, daß hier von der Ordination überhaupt nicht die Rede ſei. Vergl. überhaupt Lasperes, in der allgem. Encycl. von Erſch und Gruber s. v. Ordination, Bd. 5, S. 12, der 3. Abth.

4) Vergl. Helfert, von den Rechten und Pflichten der Biſchöfe (Prag 1832), S. 89.

5) Vergl. die beiden von den Ballerini, l. c. p. 121, mitgetheilten Formaten. In der erſten heißt es ausdrücklich: Hanc dimissoriam sive.... formatam... emittimus, ut eum ad sacerdotii onus consecrare non dubitetis et nobis remittatis.

ausgesprochen, welche unter bestimmten, im Art. Ordination anzuführenden, Voraussetzungen bekanntlich auch die Geburt und das Domicil in der Diöcese, so wie die sogen. Familiarität neben dem Besitz eines Beneficiums als Momente ansieht, aus denen die Competenz zur Weihe sich ergibt [6]). Allerdings kann nach der ganzen Auffassung der katholischen Kirche die Giltigkeit einer Ordination sich nicht nach diesen Momenten bedingen, vielmehr muß auch die von einem incompetenten Bischof ertheilte Weihe giltig bleiben, da in ihr der in dem Episkopat fortströmende heilige Geist auf den Geweihten übergegangen ist; wohl aber betrachtet die Kirche eine solche Weihe als unerlaubt, und verknüpft mit ihr für den Ordinirenden wie für den Ordinirten bestimmte nachtheilige Folgen: für jenen eine einjährige Suspension des Weihrechtes, für diesen die Suspension des illicite empfangenen Ordo so lange, als der episcopus proprius ihm nicht dießfalls Dispens ertheilt [7]), bei höheren Ordines aber die Irregularität, sobald der Ordinirte bereits die durch den empfangenen Ordo verbundenen Functionen vollzogen hatte [8]). Diesen nachtheiligen Wirkungen wird jedoch vorgebeugt, wenn der competente Bischof seine Zustimmung zu der von einem anderen Bischof zu vollziehenden Ordination in den Dimissorialien ertheilt. Eine solche Erlaubniß wird bald für einen einzelnen Ordo, bald für alle Ordines, bald auf einen bestimmten Bischof, bald unbeschränkt als facultas de promovendo a quocunque, gewöhnlich auf eine bestimmte Zeit ertheilt, und soll regelmäßig den Grund, weßhalb der Aussteller nicht ordinire, enthalten [9]), und mit einem Zeugnisse der Tüchtigkeit verbunden sein [10]), wiewohl dem ordinirenden Bischof dadurch das Recht, sich durch erneuete Prüfung von der Fähigkeit des Ordinandus zu überzeugen, nicht verkümmert werden soll. — Das Recht zur Ertheilung der Dimissorialien wurzelt in der Jurisdiction, weßhalb es der Bischof ausübt, sobald er confirmirt, wenn schon noch nicht consecrirt ist. Die Capitel sind während des ersten Jahres der Vacanz nur dann durch den Capitelverweser Dimissorien zu ertheilen berechtigt, wenn es sich um Ertheilung des Ordo an einen Geistlichen handelt, der um eines bereits empfangenen, oder um eines ihm zu conferirenden Beneficiums willen seiner bedarf [11]); nach Verlauf des Jahres fällt jedoch mit der nunmehr (sede vacante impedita) eintretenden Erweiterung der Capitelrechte auch diese Beschränkung hinweg. Der bischöfliche Generalvicar ist nur dann zur Ertheilung ermächtigt, wenn entweder der Bischof ihn ausdrücklich dazu ermächtigte, oder sich in remotis, d. i. nach der Glosse in einer Entfernung von mehr als zwei Tagereisen von der Diöcese sich befindet [12]). — Die sogen. praelati cum iurisdictione quasi

---

6) Laspeyres a. a. O. S. 13 flg.
7) C. 2. de temp. ord. in VI., conc. Trid. sess. XIV. c. 2. sess. XXIII. c. 8. de reform.
8) Laspeyres a. a. O. S. 16.
9) C. 1. de temp. ord. in VI., conc. Trid. sess. VII. c. 11. de ref.
10) Conc. Trid. sess. XXIII. c. 3. de ref.
11) Conc. Trid. sess. VII. c. 10.
12) C. 3. de temp. ord. in VI. mit der Gl.

episcopali endlich, deren es in Teutschland nach den neueren Säculari-sationen freilich nicht mehr gibt, sind seit dem Concil von Trient [13]) zur Ertheilung der Dimissorien an Weltgeistliche jetzt eben so wenig mehr be-rechtigt, als die exemten Prälaten; vielmehr tritt im ersten Falle der nächste, im zweiten der Diöcesanbischof ein, sobald nicht ein nach dem trienter Concil ertheiltes Privilegium vorliegt [14]). Die Regularen empfangen die Ordination auf die von ihrem Oberen ausgestellten Dimis-sorien von dem Bischof ihrer Diöcese; von einem anderen nur dann, wenn der Ordinarius entweder abwesend ist, oder die Ordination verweigert. Doch sind diejenigen Regularen hiervon ausgenommen, denen nach dem Concil von Trient namentlich das Privilegium ertheilt worden ist, von jedem katholischen Bischof sich weihen zu lassen [15]).

B. In dem oben bezeichneten weiteren Sinne kommen die Dimisso-rialien bei der Taufe, Confirmation, und namentlich bei der Copulation vor, womit das evangelische Kirchenrecht übereinstimmt. Ueber die in den neueren Streitigkeiten über die gemischten Ehen entstandene Frage nach der Verbindlichkeit der katholischen Geistlichen zur Ausstellung der Entlaß-scheine an solche Verlobte verschiedener Confession, welche die Erziehung aller Kinder im katholischen Glauben anzugeloben sich weigern, und denen deßhalb die Copulation nach katholischem Ritus versagt wird, s. unten im Art. Ehen. Richter.

**Disciplin** (disciplina) begreift in rechtlicher Beziehung alle Ein-richtungen zu Erhaltung guter Zucht. Disciplinarsachen sind daher alle, die Zucht über Untergebene, insonderheit die Schul-, Kirchen-, Mili-tär- und Staatsdienerzucht angehenden Angelegenheiten, wodurch sich die Ausdrücke Disciplinaruntersuchung, -Verfahren, -Gesetze oder -Vorschriften, -Strafen u. s. w. von selbst erklären. Alles dieß kann aber nur ausgehen von der Disciplinargewalt, der Be-fugniß, Untergebene durch Strafen zu Beobachtung ihrer Schuldigkeit anzuhalten. Da die Erhaltung guter Zucht Sache der Administration, nicht der Justiz ist, so gilt es für den vorliegenden Zweck besonders der Aufgabe, die Grenzen genau zu bezeichnen, wo Disciplinarsachen in Ju-stizsachen übergehen. Im Allgemeinen ist dieß der Fall, wenn durch die Disciplinarmaßregel die begründeten Rechte des concurrirenden Subjectes angegriffen werden. Aber freilich ist dieser allgemeine Satz bei der An-wendung auf den einzelnen Fall vielerlei Deutungen ausgesetzt, — Deu-tungen, die um so gefährlicher sind, als die Mittel zur Erreichung des Zweckes der Disciplinargewalt für die seltensten Fälle im Voraus vorge-schrieben werden können, sondern dem vernünftigen und pflichtmäßigen Er-messen des Displinarberechtigten anheim gegeben werden müssen. Daher

13) Conc. Trid. sess. XXIII. c. 10.

14) Das Gegentheil behauptet Laspeyres a. a. O.; vergl. oben Be-nedict XIV. de synod. dioeces. lib. II. c. 11.

15) De voci Instit. T. I. p. 255, Bened. XIV. const. Impositi, in Einsd. Bullar. (Venet. 1754), T. II. p. 109.

ist die Verstattung rechtlichen Gehöres gegen die Disciplinarverfügungen, so weit dieß nicht die Zwecke der Disciplinargewalt hindert, unerläßlich. Da die Administration bei Ausübung der Disciplinargewalt mit Bestrafung, wenn gleich nur in dem Charakter der Züchtigung, der Disciplinar-, nicht Criminalstrafen, es zu thun hat, z. B. bei Amtsvergehen, geringeren Ausschreitungen, Einsperrung solcher Menschen Behufs der Besserung, deren Lebenswandel im Falle der Fortsetzung größere Nachtheile hervorbringen könnte, der Trunkenbolde, Arbeitsscheuen, liederlichen Dirnen, sogen. Sträuner oder Stromer u. s. w., so muß das dießfallsige Verfahren ein dem Criminalverfahren analoges und in der Maße geregelt sein, daß nicht unter dem Vorwande der Disciplinarverfügungen große Ungerechtigkeiten zu Schulden gebracht werden. Gewöhnlich werden diese Sachen summarisch behandelt, außer da, wo es schwerere Strafen, besonders der reinigenden Disciplin gilt (s. die Note 6), in welchem Falle das Verfahren sich dem solennen Criminalprozesse mehr nähert. Die Disciplinarstrafen aber dürfen, wie gedacht, keinen Falles in begründete Rechte eingreifen, müssen vielmehr so eingerichtet sein, daß sie ihren Zweck, Gewöhnung an Zucht und Ordnung, erreichen, daher bei ihnen besonders ein gewisses Fortschreiten von der niederen zur höheren Strafe zu beobachten ist. Häufig sind auch diese Gegenstände vor die neuerlich entstandene Administrativjustiz [1]) gezogen worden, um den Conflict der Justiz und Administration hierbei zu vermeiden. Im Allgemeinen haben für die Staaten, wo eine solche Einrichtung nicht besteht, die meisten und bedeutendsten Rechtslehrer [2]) die Behauptung aufgestellt, daß wer bei Disciplinarsachen nicht nach dem Gesetze behandelt und dadurch in seinen Rechten gekränkt zu sein glaube, bei der Justizbehörde deßhalb klagen könne, und daß jede Disciplinarsache, ob sie gleich keine Appellation zulasse, doch, wenn Rechte dadurch verletzt würden, in eine Justizsache übergehe.

Conflicte zwischen den Justiz- und Disciplinarbehörden können schon bei der Schulzucht (disciplina scholastica), d. i. der Aufsicht über Lehrer und Schüler einer Schulanstalt, in Bezug auf Zucht und Ordnung, eintreten. Diese hört in der Regel da auf, wo eine Handlung zur Sprache kommt, die, auch außer den Schulverhältnissen, nach den Gesetzen des Landes, worin sich die Schule befindet, strafbar ist. Der Conflict wird am wenigsten bei großen Verbrechen stattfinden, da diese sich beim ersten Anblick als solche charakterisiren. Schwieriger ist es bei kleineren Vergehen. Weil indeß hier bei der durch die Jugend der strafbaren Subjecte veranlaßten geringeren Zurechnungsfähigkeit die Justiz mit schwierigeren Mitteln gewöhnlich auch zu keinem anderen Zwecke kommt, als die Schulbehörde, so werden häufig dergleichen kleinere Vergehungen dieser letzteren zur disciplinarischen Bestrafung überlassen. Häufiger stehen auch die Schulen unter solchen Behörden, die wenigstens bis zu einem gewissen Punkte die Strafjurisdiction haben, wie z. B. manche Consisto-

---

1) Vergl. den Art. Administrativjustiz, Bd. 1, S. 134 flg.

2) Pfeiffer, praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft, Th. 3 (Hannover 1831), S. 404.

rien, Universitätsgerichte u. s. w. In diesen Fällen heben sich die Conflicte von selbst. Doch bietet die Sache immer mehr Schwierigkeiten, je ältere Schüler die Anstalt, ihrem Zwecke und ihrer Einrichtung nach, besuchen, daher die Universitätsdisciplin die bei weitem schwierigste ist. Die Militärdisciplin (disciplina militaris), d. i. die Handhabung der Zucht und Ordnung bei dem Militär, führt darum weniger zu Conflicten, weil der Soldat während des Dienstes in allen Strafsfällen der Militärgerichtsbarkeit unterworfen ist, sonach in der Hauptsache Disciplinar- und Justizsachen vor eine und dieselbe Behörde gehören [3]). Inwiefern aber bei kleineren Disciplinarvergehen ein solcher Conflict möglich wäre, tritt er praktisch darum nicht ein, weil der Commandeur, dem die Administration zusteht, auch zugleich in der Regel Vorsitzender des Militärgerichtes ist. Verwickeltere Verhältnisse kommen vor, wo die beurlaubten Soldaten, nach den Gesetzen, rücksichtlich der allgemeinen Vergehen und Verbrechen (delictorum communium) unter der Civilobrigkeit stehen, doch pflegen auch durch dieselben Gesetze gewöhnlich die Grenzen angegeben zu sein, durch welche die Civiljustiz und die Militärdisciplin in diesen Fällen geschieden sind. Zu der Kirchenzucht (disciplina clericalis), d. i. der Aufsicht über die Kirchenglieder, besonders die Kirchendiener, rücksichtlich gottesdienstlicher und religionswidriger Handlungen und der Handhabung des Zwanges in dieser Beziehung, rechnet die katholische Kirche alle Angelegenheiten, welche die äußerlichen gottesdienstlichen Handlungen, Ceremonien, Feste, Feiertage u. s. w. angehen. Da die unbedingte Exemtion der Geistlichen von der weltlichen Gerichtsbarkeit überall aufgehört hat, so sind den katholischen geistlichen Gerichten nur die Bestrafung der Amtsvergehen der Geistlichen und der Verletzung der geistlichen Standespflichten, ingleichen die blos pro foro interno gehörigen Pönitenzen, als Disciplinarsachen, überlassen worden. Alle delicta communia aber gehören vor die weltliche Justiz, die nur, sobald sie einschreitet, der geistlichen Behörde davon Nachricht geben muß [4]). Bei den protestantischen Laien beschränkt sich die Disciplin auf Verhütung der Störungen des öffentlichen Cultus und Verfügung von Vermahnungen und Verweisen. So auch beim Nichtgebrauch des Sacramentes des Abendmahles. Größere Strenge, selbst unter Zuhilfenahme des weltlichen Armes, findet beim Sacramente der Taufe statt. Die Verbrechen und Vergehen der Geistlichen gehören vor die weltliche Justiz, außer wo Consistorien sind, denen früher die Gerichtsbarkeit eben so wie den bischöflichen Officialen zustand, und die noch jetzt gewöhnlich die Untersuchung der Amtsvergehen und der Verletzung der Standespflichten haben, so weit diese in den Kreis der Disciplinarsachen gehören. Wie weit dieß sich aber erstreckt, dieß ist häufig sehr streitig und wird in der Regel nach denselben Grundsätzen beurtheilt, wie die Frage über die Grenzen

3) Werther, Anleitung zum allgemeinen Kriegsrechte, §. 342. Ludovici, Einleitung zum Kriegsprozesse, Cap. 3, §. 11.

4) Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechtes, Bd. 2, Buch 4, Abschn. 2, Cap. 1, S. 106 flg.

der Disciplinargewalt der Regierung über die Staatsbeamten[5]). Danach ist auch die Frage zu entscheiden, ob ein Geistlicher wegen Amtsvergehen ohne rechtliches Gehör seines Amtes entlassen oder entsetzt werden könne?

Am vielfachsten kömmt die Justiz in den, den Staatsdienst betreffenden Disciplinarsachen in Conflict. In der Staatshoheit ist das Recht der Anordnung der Aemter, der Besetzung derselben und der Oberaufsicht über die Staatsdiener unbezweifelt begriffen. Daher ist auch das Recht der Ausübung der niederen, der correctiven Disciplin von Seiten der Regierung ohne Concurrenz der Justiz ganz unzweifelhaft. Ob dieß rücksichtlich der höheren, der reinigenden Disciplin geschehen könne, darüber sowie über die zur Vereinigung der rechtlichen und Disciplinarinteressen geschehenen Vorschläge ist sich bereits umständlich in dem Art. Amtsverbrechen ausgesprochen worden[6]). Nur das bemerken wir noch, daß jeden Falles den Justizbehörden die Ausübung der Disciplinargewalt über die ihnen untergebenen Justizbeamten und über die vor ihnen verhandelnden Parteien, so weit solches zur Förderung der vor ihnen anhängigen Rechtssachen und zur Erhaltung guter Zucht und Ordnung dabei nöthig ist, zusteht. Sie haben sich hierzu der sämmtlichen Disciplinarmittel, deren sich die Administrativbehörde bedienen kann, zu bedienen[7]).

In den Verhältnissen des bürgerlichen Privatlebens handelt es sich vorzüglich um die Disciplinargewalt der Eltern über ihre Kinder, der Lehrmeister über ihre Lehrlinge, der Herrschaft über das Gesinde. Die erstere gründet sich auf die Grundsätze über die väterliche Gewalt, und wir haben hier, nach der oben vorgezeichneten Grenze für den gegenwärtigen Artikel, nur so viel zu bemerken, daß sie keineswegs den Vater berechtigt, sich ohne Weiteres der öffentlichen Strafanstalten zu Vollziehung der von ihm beschlossenen disciplinarischen Züchtigungen zu bedienen, namentlich die Kinder in die öffentlichen Corrections- und Zuchthäuser bringen, durch die Gerichtsdiener nach seinem Ermessen körperlich züchtigen zu lassen u. s. w. Diese öffentlichen Strafvollziehungsmittel sind nur für Strafen bestimmt, die nach gesetzlichen Principien und nach vorausgegangener gesetzlicher Untersuchung von der competenten Behörde erkannt sind. Gleiches tritt ein in dem Verhältnisse der Lehrherren zu den Lehrlingen. Den Ersteren gestattet schon das römische Recht ein Züchtigungsrecht[8]); der Herrschaft gegen das Gesinde räumen nur die Observanz und hier und da das Particularrecht das Recht einer mäßigen Züchtigung ein[9]). Wo aber diese in einem der drei Fälle überschritten wird, da wirkt die Justiz theils entschädigend, theils bestrafend. Freilich ist die Frage, was eine mäßige Züchtigung sei? sehr schwer zu beantworten, da die Antwort:

---

5) Siehe dieß in dem Art. Amtsverbrechen und Amtsvergehen, Bd. 1, S. 223 flg.

6) A. a. O., wo auch der Unterschied der beiden Arten der Disciplin näher auseinander gesetzt ist.

7) Siehe diese ebendas. S. 224 u. 225.

8) L. 5. §. 3. D. ad leg. Aquil. (9. 2.) L. 13. §. 4. D. locati. (19. 2.)

9) Glück, Pandektencommentar, Bd. 2, §. 121, S. 156, §. 137 u. 138, S. 264; Bd. 10, §. 700, S. 320.

sie wäre eine solche, deren Uebel nicht größer, als es die Erreichung des disciplinarischen Zweckes fordere, sei, und den Grundsätzen der Humanität nicht widerspreche — eben so wenig klare Maße für den einzelnen Fall gibt, als der Ausdruck „mäßige Züchtigung" selbst. Zu ängstlich werden auch unstreitig nach dem jetzigen Standpunkte unserer Cultur die Rechte der väterlichen Gewalt berücksichtigt, wenn man noch jetzt das Einschreiten gegen den Mißbrauch der letzteren von der Klage der Kinder oder ihrer Verwandten, also von Umständen abhängig machen will, die oft gerade in den Fällen der empörendsten Mißhandlungen nicht eintreten [10]). Buddeus.

**Dispensation** [1]) ist die für einen bestimmten Fall gewährte Ausnahme von einer gesetzlichen Regel.

Es entspricht dem Wesen gesetzlicher Vorschriften, daß sie allgemein von Jedem, der in der Staatsverbindung lebt, befolgt werden. Damit dieß aber überhaupt möglich sei, muß das Recht selbst mit Rücksicht auf die Eigenthümlichkeit dieses Staates, so wie auf die mannichfaltigen Verhältnisse der Personen, Sachen, Zeiten u. s. w. verfaßt sein, und so wird von vorn herein sich neben dem allgemeinen ein particulares Recht geltend machen, das für bestimmte Kreise Norm der Entscheidung bildet. Das gemeine sowohl, als das particulare Recht setzt die gewöhnlichen und regelmäßigen Fälle des Lebens voraus, und will und kann nur für diese zur Anwendung gebracht werden. Ja das Gesetz vermag nicht einmal alle gewöhnlichen Fälle zu erschöpfen, sondern muß sich damit begnügen, für diese das Princip aufzustellen und die Anwendung im Einzelnen dem Richter zu überlassen; um so weniger kann ein Gesetz im Voraus Bestimmungen über solche Fälle treffen, welche als wahre Abnormitäten, als seltene und zufällige Ausnahmen sich ereignen. Zu diesen außerordentlichen und abnormen Fällen gehören besonders diejenigen, welche zwar einem gesetzlich fixirten Princip sich subsumiren lassen, durch die Unterordnung unter das Gesetz jedoch nur höchst formal, nicht aber wahrhaft rechtlich entschieden würden, oder bei welchen die Verwirklichung der gesetz-

---

10) Der Verf. ist in diesem Art., der Hauptsache nach, dem von ihm auch bearbeiteten Art. Disciplinarsachen in der Ersch' und Gruber'schen Encyclopädie, Sect. 1, Bd. 26, S. 12 flg., nachgegangen.

1) Mehrere kleinere Abhandlungen nennt Lipenius s. v. dispensatio, so wie J. H. Böhmer, diss. de sublimi principum ac statuum evangelicorum dispensandi iure in causis et negotiis tam sacris quam profanis, Halae 1722, 4. (wiederholt in J. H. Böhmer, exercitationes ad Pandectas, tom. I. exercit. XIII. p. 481—605), §. 1; vergl. mit Desselben diss. de Romana ecclesia matre indulgentissima, vor dem vierten Bande des ius ecclesiasticum Protestantium. — Petr. de Marca, de concordia sacerdotii et imperii, lib. III. cap. XIII—XV. Thomassin, vetus ac nova ecclesiae disciplina, P. II. lib. III. cap. XXIV—XXIX. — Die zahlreiche Literatur, welche bei Gelegenheit der Nuntiaturstreitigkeiten im Jahre 1786 flg. erschien, ist nachgewiesen von Klüber in der Fortsetzung von Pütter's Literat. des Staatsrechtes, Bd. 4, S. 557 flg. — Die neueste hierher gehörige Abhandlung ist von Mello Backer, diss. inaug. de dispensationibus, quae dicuntur, sive venia legis, in causis maxime iuris privati. Groningae 1830 (106 pag.) 8.

lichen Regel ein Resultat herbeiführen müßte, das der eigentlichen Absicht des Gesetzes widerspräche und Recht zum Unrecht machte. Eine höhere Nothwendigkeit gebietet daher in concreto eine Modification des Gesetzes, eine Abweichung von der Regel, ja eine Aufhebung des Gesetzes selbst, und diese nennen wir im Allgemeinen Dispensation. Der Ausdruck in diesem Sinne ist nicht echt römisch, obwohl in einem gewissen Zusammenhange mit der ursprünglichen Bedeutung, in welcher dispensare so viel heißt als distribuere, ministrare, verwalten. Die Dispensation bezieht sich daher auf eine gute, geregelte Verwaltung in verschiedenen Geschäftskreisen, insbesondere also auch auf die Handhabung der gesetzlichen Ordnung [2]). So wie aber überhaupt derjenige ein guter Verwalter ist, welcher auf die Umstände, das Bedürfniß, den Nutzen u. s. w. achtend, von seiner gewöhnlichen Weise abweicht, so ist der ein rechter Verwalter des Gesetzes, welcher dasselbe mit Rücksicht auf die Besonderheit des Falles handhabt und den Umständen gemäß gar nicht anwendet.

Die Entbindung vom Gesetze für einen einzelnen Fall kann in verschiedener Art bewirkt werden. Sie kann sich nämlich auf die Befreiung von der gesetzlichen Vorschrift mit Rücksicht auf die Vergangenheit beziehen und die Aufhebung einer schon vorhandenen, juristisch begründeten Obligation in sich schließen, als Absolution (indulgentia, remissio, relaxatio etc.). Sie kann sich aber auch auf die Zukunft beziehen, indem die Vollziehung oder Unterlassung einer Handlung gestattet wird, welche sonst das Gesetz verboten oder respective vorgeschrieben hat, und wird dann Dispensation im eigentlichen Sinne.

Die Dispensation läßt sich aber auch von einem verschiedenen Standpunkte aus in ihrer ganzen Bedeutung würdigen: denn man kann sie als Gegenstand der eigentlichen Verwaltung (Administration) oder der Gerechtigkeitspflege (Justiz) betrachten. Jenes würde der Fall sein, wenn in der Dispensation eine bloße Modification des bestehenden Rechtes läge, obgleich selbst dann doch immer die Handhabung der Justiz als das wesentliche Moment erscheinen dürfte. Sicher wird es aber eine reine Rechtssache, wenn die wirkliche Aufhebung eines Gesetzes erfolgt, und dieß ist bei der Dispensation im eigentlichen Sinne der Fall, gleichviel ob sie Ausfluß der Gnade oder des Rechtes ist (dispensatio gratiae, iustitiae). Hiernach muß aber auch darüber entschieden werden, wem die Befugniß zu dispensiren schlechthin zustehe. Dem Richter würde man dieselbe nicht beilegen können, da dieser nur nach dem Gesetze zu urtheilen hat (secundum leges, non de legibus iudicandum est), wohl aber dem Gesetzgeber selbst, da nach der Bedeutung des Gesetzes nur derjenige, von welchem dasselbe ausgegangen ist, es auch auf legitimem Wege aufzuheben im Stande ist. Wenn dieß nun von dem Rechte zu dispensiren in abstracto, in thesi gilt, so kann freilich in concreto, in hypothesi

---

2) M. s. J. H. Böhmer ad c. 6. Can. I. qu. VII. Die Lesart dispositio in dieser Stelle, welche Böhmer verwirft, findet sich freilich in der Collectio Hispana und sonst; doch scheint dispensatio wohl gerechtfertigt werden zu können (s. Anm. 27).

auch ein Anderer, als der Gesetzgeber, die Befugniß zu dispensiren besitzen, nämlich der damit Beauftragte, oder dem sonst nach Herkommen dieses Recht zusteht.

Diese kürzlich aus der Natur der Sache hergeleiteten Sätze haben wir nun in ihrer positiven Gestaltung näher zu erläutern. Wir werden uns im Wesentlichen dabei auf die Dispensation im eigentlichen Sinne beschränken, da die Absolution in ihrem ganzen Umfange als Entbindung von Strafe, und zwar von einer poena fori interni (Absolution im eigentlichen Sinne, Ablaß) und poena fori externi (Begnadigung) bereits in anderen Artikeln (m. s. z. B. Begnadigung, Beichte, Buße u. a.) erläutert worden ist. Die Vorschriften über die Dispensation selbst gestalten sich aber mit Rücksicht auf die verschiedenen Quellen des gemeinen Rechtes, und besonders nach der Natur des Objectes eigenthümlich und abweichend.

Das römische Recht erkennt die allgemeine Verbindlichkeit der Gesetze an. So wie Papinian unter lex ein commune praeceptum, communis reipublicae sponsio versteht [3]), erklärt Marcian nach Demosthenes lex, cui omnes (πάντες ἄνθρωποι) obtemperare convenit [4]). Das allgemein zur Anwendung kommende Recht ist ius commune, publicum (i. e. quasi populicum) [5]), das particulare Recht ist ius singulare, necessitatis, utilitatis causa receptum [6]). An sich ist das ius singulare zwar eine Abweichung vom gemeinen Rechte, aber doch noch eine Regel für gewisse Personen, Sachen, Rechtsverhältnisse, daher privilegium [7]). Wird aber das ius singulare eine concrete und individuelle Ausnahme, dann ist es ein privilegium im eigentlichen Sinne, eine lex priva, hominibus privis irrogata [8]), constitutio personalis [9]). In diese Kategorie fallen auch die Dispensationen [10]).

Die Ertheilung solcher Privilegien und Dispensationen ist stets üblich gewesen [11]), und keineswegs kann aus der Vorschrift der zwölf Tafeln: privilegia ne irroganto, auf das Gegentheil geschlossen werden, da die hier in Betracht kommenden Stellen [12]), richtig gedeutet, sich auf Ent-

---

3) L. 1. D. de legibus. (1. 3.)

4) L. 2. D. de legibus.

5) Beide Ausdrücke finden sich daher auch neben einander. So in der Novella Valentin. III. de episc. iudic. II. 35: Agant publicis legibus et iure communi.

6) L. 16. D. de legibus. (1. 3.) L. 162. de R. I. (50. 16.); vergl. L. 34. pr. D. mandati. (17. 1.)

7) S. Brissonius und Dirksen s. v. privilegium.

8) Vergl. Mühlenbruch, doctrina Pandectarum, T. I. §. 49, 79 sq.; v. Savigny, System des heut. röm. Rechtes, Bd. 1, §. 16.

9) L. 1. §. 2. D. de constit. principum (1. 4.); vergl. c. 4. C. Th. de itin. mund. (15. 3.)

10) S. Glück's ausführliche Erläuterung der Pandekten, Bd. 1, §. 98, und die cit. Stellen.

11) Vergl. Dirksen, über die Behörden, welche im römischen Reiche Privilegien ertheilten; in den civilistischen Abhandlungen (Berlin 1820, 8.), Bd. 1, Nr. IV, S. 242 flg.; Backer, diss. cit. cap. II.

12) Cicero, de legibus lib. III. cap. 19: Maiores — in privos homines

scheidungen beziehen, die zwar in gesetzlicher Form, aber ohne vorgängige rechtliche Untersuchung erlassen werden. Die Gewährung von Privilegien und Dispensationen, als Sache der Gesetzgebung, erfolgte durch diejenigen Organe, denen die Gesetzgebung selbst gebührte, also durch den Senat, die Comitien der Curien, Centurien und Tribus, so wie durch die städtischen Corporationen, namentlich durch die mit Autonomie versehenen Communen. Alle diese Behörden bewegten sich aber in bestimmten Grenzen und durften nicht in das Cognitionsrecht einer anderen eingreifen, so daß sogar der Senat nicht von den Gesetzen des Volkes entbinden konnte. Da die Magistratus verfassungsmäßig keine gesetzgebende Gewalt besaßen, stand ihnen auch nicht das Dispensationsrecht zu[13]). Mit dem Untergange der freien Verfassung maßten sich die Usurpatoren dieses Recht an. Berücksichtigt man nun, in welcher Weise nach und nach der Kaiser das Hauptorgan der Legislation wurde, so kann es nicht auffallen, daß er es später vorzugsweise war, welcher dispensirte, ja daß endlich er allein die Competenz für sich in Anspruch nahm. Hinsichtlich der Gegenstände, bei welchen der Kaiser, als der eigentliche Gesetzgeber, von seinem Rechte Gebrauch machte, gab es keine Beschränkung: denn während in früherer Zeit das Priestercollegium in Angelegenheiten des Cultus dispensirte[14]), und zwar selbstständig, insoweit nicht ein civiles Object die Einwirkung der weltlichen Behörde erforderte[15]), konnte später der Kaiser als **Pontifex Maximus** auch in religiösen Verhältnissen privilegiren und dispensiren. Insbesondere legte er sich selbst auch das Recht bei, in Ehesachen Dispensen zu ertheilen[16]).

Seit der Scheidung des Staates und der Kirche, und der Reception dieser im römischen Reiche mußten freilich zum Theil andere Grundsätze eintreten; doch blieb in bürgerlichen Angelegenheiten das Recht des Staatsoberhauptes schlechthin anerkannt. Dieses Recht fiel daher auch in Teutschland dem Könige und Kaiser, den regierenden Fürsten (Landesherren), Grafen, Herren und freien Corporationen zu, überall natürlich in den Grenzen der zustehenden Cognition, über welche hinaus überhaupt keine Anordnung gesetzlicher Art wirksam getroffen werden kann, so daß sehr richtig J. H. Böhmer bemerkt[17]): **Potestas ferendi leges est etiam mensura potestatis dispensandi.** Daher wird auch jetzt mit Rücksicht auf die Verfassung und die besonderen Constitutionen die Mitwirkung der Minister oder der Landstände in einzelnen Fällen erforderlich[18]). Da wo

---

**leges ferri noluerunt, id est enim privilegium**; vergl. **pro domo cap. 17. Gellius, noct. Att. lib. X. cap. 20. — Cicero, de legibus lib. III. cap. 4.** — Dirksen a. a. O. S. 246 flg.

13) Dirksen a. a. O. S. 271 flg.

14) M. s. z. B. **Gellius, noct. Att. lib. I. cap. 12. lib. X. cap. 15.** u. a. m.

15) Dirksen a. a. O. S. 270, Anm. 73a, S. 288, Anm. 138, S. 304, Anm. 230.

16) **C. 7. C. de interdicto matrim. (5. 6.) (Dioclet. et Maxim.): Divino impetrato beneficio.. in matrimonio collocare** (vergl. Anm. 22).

17) **Diss. de sublimi principi cit., sectio II. cap. I. §. V.**

18) M. s. Klüber, öffentl. Recht des teutschen Bundes, §. 399, Nr. III, und vergl. z. B. sächs. Verf.-Urk. Art. 43.

ein Regent durchaus unbeschränkter Monarch ist, wird die Ertheilung von Dispensationen den Umständen nach eine reine, blos von ihm abhängige Gewissenssache. Insofern er selbst sich vom Gesetze entbinden wollte, und zwar in einem Falle, in welchem sonst Erlaß nicht stattzufinden pflegt (in einem solchen würde er sich unbedenklich vom Gesetze gelöst betrachten können), würde es darauf ankommen, ob sich für die zu statuirende Ausnahme genügende Gründe zur Rechtfertigung ermitteln lassen. Der Regent würde daher verpflichtet sein, sich von denen, welche für die vorliegende Angelegenheit präsumtive die höchste Intelligenz besitzen, ein Gutachten ertheilen zu lassen, und von demselben nicht abzuweichen, damit nicht die allgemeine Stimme des Volkes sich über ihn mißbilligend äußere [19]): denn Voraussetzung für jede Dispensation ist eine iusta causa, ein besonderer Nutzen oder eine Nothwendigkeit, und zwar mit der Beschränkung, daß dadurch weder die Religion und die guten Sitten, noch der Staat, die Kirche, dritte Personen, oder überhaupt wohlbegründete Rechtsverhältnisse verletzt werden. Auch hierüber enthält bereits das römische Recht mannigfache Bestimmungen [20]), welche durch die spätere Gesetzgebung, besonders das canonische Recht im Einzelnen weiter ausgeführt worden sind (vergl. unten).

Da eine Dispensation stets eine Ausnahme von der Regel bildet, so ist sie überhaupt nicht auszudehnen und stricte zu interpretiren [21]). Wenn nun Javolenus den Ausspruch thut: beneficium imperatoris, quod a divina scilicet eius indulgentia proficiscitur, quam plenissime interpretari debemus [22]), so sind diese Worte richtig verstanden nicht dagegen: denn es liegt darin nichts weiter als: Dispensationen sind so zu deuten, daß auch wirklich die bei Ertheilung derselben vom Regenten beabsichtigte Gunst vollständig in Vollzug gebracht werde. Von dieser Ansicht, welche mit Anderen bereits J. H. Böhmer [23]) vertheidigt hat, gehen auch neuere Gesetzgebungen aus, wie denn z. B. das preußische Landrecht [24]) vorschreibt, daß Privilegien und Freiheiten so zu deuten sind, daß die wohlthätige Absicht des Gebers dabei nicht verfehlt oder vereitelt werde u. s. w.

---

19) Vergl. Hefftter, die Erbfolgerechte der Mantelkinder u. s. w. (Berlin 1836, 8.), S. 123 flg., und die daselbst cit. Lit.

20) Des Beispiels wegen mag auf folgende Titel des Codex hingewiesen werden: I. 19. de precibus imperatori offerendis, I. 22. si contra ius vel utilitatem publicam, vel per mendacium aliquid fuerit postulatum vel impetratum u. a. m.

21) M. vergl. §. 6. J. de iure nat. (1. 2.): Constitutiones personales.. non ad exemplum trahuntur. L. 1. §. 2. D. de constit. principum (1. 4.), vergl. L. 13 sq. D. de legibus. (1. 3.)

22) L. 3. D. de constit. princ. (1. 4.)

23) Diss. de finibus privilegiorum cap. II. §. IX. (in den Exercitationes ad Pandectas tom. I. p. 629) wo es heißt: Ita merito privilegium accipiendum, ne inutile evadat, sed ut effectum plenum, quem legislator intendit, habeat, et ut aliquid singulare a iure communi concedat; hoc enim ipso plenum accipit effectum, quem legislator intendit.

24) Einleit. §. 55, vergl. §. 46 flg.

Digitized by Google

Die Wirkung im Einzelnen selbst ergibt sich natürlich stets aus dem concreten Falle und den im gemeinen und particularen Rechte für die besonderen Institute aufgestellten Grundsätzen[25]).

Von der höchsten Bedeutung in der ganzen Lehre von Dispensationen wird der Unterschied des Objectes. Während der Landesherr überhaupt über bürgerliche Verhältnisse Gesetze gibt, und daher auch von denselben dispensirt, kann er auf kirchliche Gegenstände nur so weit einwirken, als diese civilrechtliche Momente enthalten, also den Staat selbst mit berühren, während rein kirchliche Angelegenheiten der Cognition der Kirche überlassen sein müssen. Die Grenzen zwischen causae saeculares, ecclesiasticae und mixtae haben gewechselt, und sind hier nur für einige wichtigere Anwendungen zu berücksichtigen[26]), da es in der Hauptsache nur auf die Handhabung der Disciplin selbst bei dieser Betrachtung ankommen kann. Um die jetzige Praxis zu erläutern, sind wir genöthigt, den geschichtlichen Entwickelungsgang der kirchlichen Dispensen zu verfolgen.

Das kirchliche Leben beruhte anfangs auf der Freiheit des Evangeliums, welche durch die Tradition und Sitte, später auch durch besondere Gesetze näher bestimmt und dann mannigfach beschränkt wurde. Wer gegen eine bestehende Vorschrift gefehlt, konnte erst nach genügender Reue und Besserung mit der Kirche versöhnt werden, indem er von den weiteren Nachtheilen des Gesetzes befreit oder absolvirt wurde. Dieß entsprach der christlichen Milde, *συγγνώμη*, *συμπαθεία*, *φιλανθρωπία* oder *οἰκονομία*, was die lateinischen Väter durch remissio, venia, clementia, miseratio, dispensatio übertrugen. Der Ausdruck dispensatio entspricht ganz dem griechischen *οἰκονομία* in dem Sinne, wie derselbe schon oben (s. Anm. 2) zu deuten versucht worden[27]). Es bestand also die Dispensation in der Absolution von den weiteren Folgen einer bereits geschehenen Gesetzesübertretung, und war somit eine dispensatio post factum, in praeteritum. Die Ertheilung erfolgte durch den Bischof, worüber schon früh der Gebrauch entschied[28]), der auch später anerkannt wurde[29]), oder den Umständen nach durch die Provinzialsynode[30]). Insbesondere lernen wir die Praxis der älteren Kirche aus den uns erhaltenen Beispielen der Hauptdiöcese des Occidents kennen, da die Bischöfe

---

25) Ueber Anwendungen bei Ertheilung der venia aetatis, bei Legitimationen, Adoptionen u. v. a. vergl. man J. H. Böhmer, diss. de sublimi princip. etc., sect. II. cap. I. (p. 542 sq.)

26) Das Speciellere wird in dem Art. geistliche Gerichtsbarkeit erörtert werden.

27) Vergl. Suicer, thesauris eccl. s. v. *οἰκονομία*. de Marca l. c. lib. III. cap. XIII. §. 1.

28) Jo. Jung, facta dispensationum episcopalium historica ex tribus primis saeculis collecta. Mogunt. 1787, 4.

29) C. 2 sq. Conc. Ancyr. a. 314 (c. 32. dist. L). c. 12. Conc. Nicaen. a. 325 (c. 9. C. XXVI. qu. VI.).

30) Conc. Ancyr. cit. (c. 32. §. 6. dist. L). — Athanasius, epist. ad Rufin. (de Marca cit. §. IV). S. Thomassin l. c. cap. XXIV. nr. 14. cap. XXV. in fin.

von Rom sich genau an die vorhandenen Satzungen banden, und ein Muster für die übrigen Kirchen des Occidents und zum Theil auch des Orients bildeten. Daraus ergibt sich, daß eine Uebertretung der Gesetze im Voraus zu bewilligen unstatthaft war, denn: priora dimittenda dico Dei iudicio et de reliquo maxima sollicitudine praecavendum... Remittenda haec putamus, sed ne deinceps similia committantur, ut tantae usurpationi saltem nunc finis necessarius imponatur. So Innocenz I. [31]), dessen Nachfolger Zosimus sich gleichmäßig und bestimmt darüber äußerte: Contra statuta patrum concedere vel mutare ne huius quidem sedis possit auctoritas [32]), und wiederholt Leo I. [33]). Die Absolution selbst wurde ertheilt, wenn sich Gründe dazu ergaben, eine Nothwendigkeit, bedingt durch Zeitumstände, Verhältnisse der Person, besonders die Rücksicht auf jugendliches Alter, wenn zugleich wegen der Menge derer, die gegen ein Gesetz gehandelt, eine zu weit greifende Bestrafung bewirkt würde u. s. w. [34]) Illa nullatenus mutilanda sunt, sagt Gelasius, quae nec ulla necessitas, nec ecclesiastica prorsus extorquet utilitas [35]). Man nahm den Conflict zweier Uebel an und erklärte: id debemus resolvere, quod minori nexu noscitur obligare [36]).

Die Anfangs am häufigsten vorkommenden Fälle bezogen sich auf Ordinationen und Beneficialverhältnisse, bei denen aber eigentlich schon im Voraus mitunter eine Abweichung von der Strenge des Gesetzes statuirt wurde. Dies geschah besonders bei Translationen der Bischöfe, welche im Allgemeinen verboten waren, deren Zulässigkeit aber unter bestimmten Voraussetzungen anerkannt wurde, worüber die Synode zu entscheiden hatte [37]). Hierüber bemerkt nun Petrus de Marca [38]), daß Translationen eigentlich nicht Dispensationen, sondern Interpretationen der Kirchengesetze seien, da die Gesetze nur freiwilligen Wechsel geistlicher Stellen verbieten, nicht aber eine Veränderung, welche nach vorhergegangener Untersuchung bestimmt wurde. Nur die μετάβασις, nicht die μετάθεσις ist verboten. Dieser Deutung kann man unbedenklich beitreten [39]), und daher die Regel anerkennen, daß die ältere Kirche nur post factum dispensirte.

---

31) Vergl. c. 41. C. I. qu. I.; verb. c. 7. Can. I. qu. VII. (a. 414); c. 14. eod.

32) Zosimus epist. V. a. 417 (c. 7. Can. XXXV. qu. I.).

33) S. c. 18. C. I. qu. VII. c. 2. dist. XIV. (Leo I. a. 442, 443). c. 14. Can. XXXIII. qu. II. (idem a. 443). Vgl. de Marca cit. cap. XIV. §. II.

34) Beispiele in dist. XIII. XIV. c. 11 sq. Can. I. qu. VII., namentlich auch c. 56. dist. L. (Siricius a. 385), und andere weiterhin zu cit. Stellen; s. auch Anm. 32, 33.

35) Vergl. auch c. 6. Can. I. qu. VII. (Gelasius a. 494).

36) Conc. Tolet. VIII. a. 653 (c. 1. d. XIII).

37) Hierüber s. m. die gründliche Auseinandersetzung von Blascus in der diss. de collectione canonum Isidori Mercatoris, cap. X. (bei Gallande, de vetustis canonum collectionibus dissertationum sylloge. ed. Moguntin. tom. II. p. 83 sq.).

38) L. c. cap. XIV. §. VI.

39) Planck, Geschichte der christlich-kirchlichen Gesellschaftsverfassung, Bd. 4, Th. 2, S. 660, Anm., bemerkt daher auch, daß bei Translationen die Sy-

Die Stellung, welche die römische Kirche seit dem vierten Jahrhunderte bereits einnahm, und die Ansicht, daß die wahre Lehre und Tradition vom apostolischen Stuhle festgehalten werde, bewirkte, daß man im Zweifel sich von demselben Rath holte, diesen auch befolgte und später zur allgemeineren Richtschnur nahm. Hierbei bot sich für Rom die beste Gelegenheit dar, schwierige und bedeutsame Fälle (causae arduae ac maiores) überhaupt von der Entscheidung des apostolischen Stuhles abhängig zu machen und dahin namentlich alle causae episcopales zu rechnen. In umfassenderer Weise geschah dieß seit Gregor VII., welcher schlechthin concurrirende Gewalt mit den Bischöfen in deren Sprengeln für sich in Anspruch nahm, daher auch ein Absolutionsrecht in jeder Weise. Immer häufiger wendeten sich daher auch die Parochianen nach Rom, um Absolutionen zu erhalten, so daß die Diöcesangesetze deßhalb Beschränkungen geben mußten; wie unter Anderen schon Ahyto von Basel [40]) im Jahre 820, und eine Synode von Seligenstadt im Jahre 1022 verordnete, daß Niemand ohne bischöfliche Licenz sich nach Rom begeben solle, und Keinem eine in Rom erlangte Indulgenz förderſam sein werde, ehe er die von seinem eigenen Priester ihm auferlegte Buße übernommen habe [41]). Andererseits aber holten sich die Bischöfe oft selbst vom apostolischen Stuhle besondere Concessionen, Dispensationen ertheilen zu dürfen [42]).

Während bisher regelmäßig nur in praeteritum dispensirt (absolvirt) wurde, begann man seit dem eilften Jahrhundert öfter auch in futurum, also supra ius zu dispensiren. Besondere Veranlassung gaben dazu wohl die Anträge wegen Entbindung von Ehehindernissen, welche durch die Verwechselung der Begriffe gradus und generatio bis zum vierzehnten Grade römischer Computation ausgedehnt worden waren. Man hatte hierbei um so mehr Anlaß, sich aus Rom Rath zu holen, als meistens causae arduae ac maiores allein in Betracht kamen, da man in causis minoribus Anfangs überhaupt nicht dispensirte. So reservirten sich die römischen Bischöfe immer mehr Fälle [43]), und Innocenz III. [44]) stellte gera-

nyden nur erklärten, daß der jedesmal vorliegende Fall nicht unter dem Verbote begriffen sei.

40) In dem Capitulare Ahytonis episcopi Basileensis cap. XVIII. (Hartzheim, concilia Germaniae, T. II. p. 19) heißt es unter Anderem: „Ut, qui causa orationis ad limina beatorum Apostolorum pergere cupiunt, domi confiteantur peccata sua et sic proficiscantur: quia a proprio Episcopo suo aut sacerdote ligandi aut exsolvendi sunt, non ab extraneo.“

41) Concil. Salegunstat. can. XV. XVII. (Hartzheim, conc. Germ. T. III. p. 60). — Aehnliche Bestimmungen enthält auch das Concil zu Limoges (Lemovicense II.) v. J. 1031, sess. II. (bei Mansi, coll. conc. T. XIX. col. 546–548) „Inconsulto Episcopo suo ab Apostolico poenitentiam et absolutionem nemini accipere licet.“

42) Aus dem achten Jahrh. Beispiele bei de Marca, cap. XV. §. V., aus dem neunten vergl. man c. 17. Can. XII. qu. II. c. 15. Can. XXXIII. qu. II. (Nicolaus I.) u. a., aus dem eilften Thomassin l. c. cap. XXVII. §. 9 sq.

43) So Innocenz II. auf dem Lateranconcil von 1139 die Absolution dessen, der einen Cleriker getödtet (c. 29. Can. XXVII. qu. IV.), Clemens III. andere derartige Fälle; c. 18. 19. 22. X. de sententia excommunicat. (5. 39.) u. a. m.

44) Vergl. besonders Thomassin l. c. cap. XXVIII.

dezu das Princip auf, daß eigentlich nur die Päpste in futurum dispensiren könnten: Nos secundum plenitudinem potestatis de iure possumus supra ius dispensare [45]). Seine Dispensationsbefugniß, von der er vielfach Gebrauch machte [46]), rechtfertigte er überhaupt durch die Bezugnahme auf seine Allgewalt und das besondere Bedürfniß. Daher äußert er: Ascitis aliis in partem sollicitudinis summus Pontifex assumptus est in plenitudinem potestatis: qui cum moderator sit canonum, iuri non facit iniuriam, si dispensat [47]). Darauf hin konnte das Dispensationsrecht in immer weiterem Umfange geübt und von den Päpsten geltend gemacht werden. Welche Ansicht sich hierüber mit der Zeit festgestellt hatte, beweist die Praxis, wie diese insbesondere von der Glosse anerkannt wird. Hiernach dispensirt der Papst gegen den Apostel und die apostolischen Canones, gegen das alte Testament u. s. w., nur nicht gegen die Evangelien und Glaubensartikel [48]). Indem der Papst sich selbst als veri Dei vicem gerens betrachtete, konnte ihm auch ein coeleste arbitrium beigelegt werden, nach welchem er naturam rerum immutat, substantialia unius rei applicando alii et de nullo potest aliquid facere, et sententiam, quae nulla est, facit aliquam, quia in his, quae vult, ei est pro ratione voluntas etc. [49])

Man würde indessen irren, wenn man annähme, daß diese Grundsätze allgemein anerkannt gewesen wären, vielmehr fehlte es nicht an Geistlichen, welche diese ganze Theorie bestritten, und an Bischöfen, welche ihr ius ordinarium in Beziehung auf Dispensationen gegen Rom geltend zu machen gewußt haben [50]). In England und Teutschland traten schon seit dem dreizehnten Jahrhundert mehrere Synoden dagegen auf [51]), und auf den Reformationssynoden des funfzehnten Jahrhunderts wurde diese Angelegenheit in nähere Erwägung gezogen. Man begnügte sich hier

---

45) C. 4. X. de concess. praebendae (3. 8.); vergl. c. 15. X. de temporib. ordinat. (1. 11.)

46) Man vergl. statt vieler c. 2—4. X. de translat. episcop. (1. 7.) v. J. 1198, 1199, c. 8. X. de voto (3. 34.) v. J. 1200, c. 11. X. de renunciatione (I. 9.) v. J. 1208, c. 19. X. de sentent. et re iudicata (2. 27.) v. J. 1212, u. a. m.

47) Epist. lib. XVI. ep. 154 (Thomassin l. c. cap. XXVIII. §. V.; vergl. v. Raumer, Geschichte der Hohenstaufen, Bd. 6, S. 243).

48) Glosse zu c. 4. X. de concess. praeb. (3, 8.), zu c. 3. X. de translat. (1, 7.) u. a. In der Glosse zum c. 2. Can. XV. qu. VI. heißt es: Dico enim, quod contra ius naturale Papa potest dispensare, dum tamen non contra Evangelium, vel contra articulos fidei, tamen contra Apostolum dispensat. — Dist. XXXIV. c. 18. dist. LXXXII. c. 5.

49) Ueber diese und andere ähnliche Ansichten vergl. man Gieseler, Kirchengesch., Bd. 2, Abth. 3, §. 101.

50) M. s. z. B. Thomassin l. c. cap. XXIX. §. 3 sq., bereits von Bernhard von Clairveaux, Goffredus u. A.; später von Gerson, de reformatione ecclesiae in Conc. universali, cap. XVII. (bei Herm. v. d. Hardt, Conc. Constant. T. I, u. a.)

51) Thomassin l. c. cap. XXVIII. §. 8. 9. Die katholische Kirche, besonders in Schlesien (2. Ausg., Altenburg 1827, 8.), S. 316. Kopp, die katholische Kirche im neunzehnten Jahrhundert (Mainz 1830, 8.), S. 252.

aber damit, das Verſprechen des Papſtes zu erhalten, daß nicht ohne dringende Veranlaſſung und nicht ohne Einholung des Rathes der Cardinäle von demſelben Dispenſationen ertheilt werden ſollten (Dominus [Martinus P.P.V.] noster in arduis et gravibus causis sine consilio cardinalium non intendit dispensare). Das Recht des Papſtes, supra ius überhaupt zu dispenſiren, beſtritt man gar nicht, ſondern geſtand es zu in Beziehung auf dispensationes super incompatibilibus, de non promovendo ad ordines, super defectum aetatis, super defectum natalium, de non referendo super contrahendo matrimonium in gradibus prohibitis et non suscipiendo munus consecrationis aut benedictionis [52]). Auch ſprach der Papſt ſelbſt in ſeinen am 28. Februar 1418 publicirten Kanzleiregeln ſich demgemäß aus [53]). Auf dem Concil von Baſel kam dieſe Angelegenheit wiederum zur Sprache und hier nahmen die Biſchöfe Dispenſen in Eheſachen, welche zu Rom ſtets gegen die Gebühren ertheilt wurden, für ſich ſelbſt in Anſpruch: denn bei der Acceptation der basler Decrete im Jahre 1439 erklärte man: Gravantur nostre nacionis fideles, in quarto consanguinitatis vel affinitatis gradu coniuncti matrimonium contrahere volentes, dum ad hoc dispensandum ubi leviter dispensatur sedem apostolicam consulere sunt astricti [54]). Schon damals betrachtete man dergleichen Beſtimmungen als Nachtheile, non ex caritate, sed ambicione avaricia et cupiditate omnium malorum radicibus introducta, forderte aber doch erſt, nachdem Luther's Reformation bereits begonnen, die förmliche Aufhebung der bisherigen Praxis [55]). Auf dem Reichstage zu Worms im J. 1521 verlangte man, daß die Ehedispenſation den Biſchöfen überlaſſen würde, und wiederholte dieß in den 1522 zu Nürnberg und 1526 zu Speier übergebenen Gravamina der teutſchen Nation, zugleich mit der Erklärung, daß die beſtehenden Einrichtungen verwerflich wären, da ſie nur auf Gelderpreſſung gerichtet ſeien [56]). Indeſſen kam es doch zu keiner

---

52) Germanicae nationis articuli de reformatione ann. 1418, art. XV. (Gaertner, corp. iuris eccl. T. II. p. 137); vergl. aber auch Herm. v. d. Hardt, concil. Constantiense T. I. p. 615 sq. p. 1068. Hartzheim, conc. Germ. tom. V. p. 133. 139. 147. 731.

53) Die Regeln bei v. d. Hardt l. c. T. I. p. 977 sq. tit. de dispensationibus.

54) Koch, sanctio pragm. Germ. illustrata, p. 99.

55) Bemerkenswerth ſind auch die Bedingungen, welche dem päpſtlichen Legaten im J. 1501 vor ſeinem Eintritt ins Reich, vorgelegt wurden, indem es über unſeren Gegenſtand darin heißt: Wo die päbſtlich Botſchaft in causis matrimonialibus oder andern ziemblich fürfallenden Sachen, wie die geſeyn mögten, dispenſiren, abſolutiones oder dergleichen geben wolt, daß ſolichs allenthalben dermaßen fürgenommen werde, daß es consuetudini patriae nicht derogire, ſondern daß ſeine Würde darinn verſtändige und ehrbare Commiſſarien... ſetze u. ſ. w. Abſchied des Reichsregimentes zu Nürnberg von 1501, §. 12, 18, 19 (in den Sammlungen der Reichsabſchiede).

56) 1521: Dispenſation im 2. und 3. Grad, Syp und Magſchaft — — wert nott, daß die Ordinari ſolch Dispenſation nach der Gepür ziemlich zu thun, und mit Bäbſtliche Bottſchafter oder ander zu Rom, ſölichs zu erlauben, Macht haben ſölten. — 1522 de dispensationibus nr. 1. 2 sq. 20: — Imperantur

Abänderung, und man begnügte ſich in Teutſchland, indem man das bisherige päpſtliche Recht anerkannte, überhaupt nur vor Mißbrauch zu warnen und zur Vermeidung von Fälſchungen die Forderung aufzuſtellen, daß von keiner römiſchen Dispenſation Gebrauch gemacht werden dürfe, bis der Biſchof ſich von der Aechtheit des päpſtlichen Erlaſſes und der Wahrheit der demſelben zu Grunde liegenden Thatſachen überzeugt habe[57]).

Auf dem Concil zu Trient wurde mehrfach über das Dispenswesen, beſonders in der Anwendung auf Eheſachen verhandelt und im entgegengeſetzten Sinne darüber disputirt: denn während der Dominicaner Adrian dem Papſte eine unbedingte Macht hierbei zugeſtand, widerſprach mit Anderen Johannes, Biſchof von Verdün, indem er erklärte, daß eine Dispenſation im Allgemeinen nichts Anderes ſei, als eine Interpretation oder Declaration eines Geſetzes, da der Papſt einen wirklich Verpflichteten von ſeiner Obligation gar nicht zu entbinden vermöge. Andererſeits ward zwar das Dispenſationsrecht überhaupt anerkannt, von den ſpaniſchen und franzöſiſchen Abgeordneten jedoch, als den Biſchöfen zuſtehend, in Anſpruch genommen[58]).

Zu einer unbedingten und allgemeinen Entſcheidung ließ der Papſt es aber gar nicht kommen, ſondern gab blos einige dem Mißbrauche ſteuernde Regeln, und geſtattete den Biſchöfen mehrfache Befugniſſe. So ward beſtimmt: Quodsi urgens iustaque ratio et maior quandoque utilitas postulaverint, cum aliquibus dispensandum esse; id causa cognita, ac summa maturitate atque gratis a quibuscunque, ad quos dispensatio pertinebit, erit praestandum; aliterque facta dispensatio subreptitia censeatur[59]). Während hiernach implicite das Recht der Biſchöfe mit anerkannt iſt, wird dieſes für einzelne Fälle noch ausdrücklich hervorgehoben: Liceat episcopis in irregularitatibus omnibus et suspensionibus, ex delicto occulto provenientibus, excepta ea, quae oritur ex homicidio voluntario, et exceptis aliis deductis ad forum contentiosum, dispensare et in quibuscunque casibus occultis, etiam sedi Apostolicae reservatis,

---

multa, quae nullo divino praecepto vel interdicta sunt vel imperata. Quod genus sunt: matrimoniorum tam innumera excogitata obstacula..... Haec nimirum atque iis similes complures humanae constitutiones eo usque ligant homines, donec pecunia sibi harum legum gratiam a statuentibus impetrent: ut ita pecunia faciat divitibus licitum, quod tenuibus gratis sit prohibitum. Illicitisque his legum ac constitutionum humanarum retiiaculis non modo magnorum nummorum copia a Germanis est expiscata, e Germania et trans Alpes lata, sed et maxima inter aeque Christianos orta iniquitas“ (vergl. G. M. Weber, die hundert Beſchwerden der geſammten teutſchen Nation u. ſ. w. Erlangen 1829).

57) So verordnete z. B. die cölner Synode vom J. 1536, P. I. cap. 32. 33. (Hartzheim, conc. Germ. T. VI. p. 250. 251.), verb. P. VII. cap. 46 (eod. p. 289); desgleichen die Synode von Lüttich von 1548, cap. 15 (eod. p. 396), was das Tridentinum auch nachher anerkannte (ſ. Anm. 61).

58) Sarpi, historia concilii Tridentini (ed. Amstelod. 1622, 4.) lib. VIII. p. 788, 789, 872, u. a. m.

59) Conc. Trid. sess. XXV. cap. 18 de reform.

delinquentes.... in foro conscientiae gratis absolvere..[60]), und die biſchöfliche Mitwirkung in manchen Fällen, wenn dieſe auch dem Papſte zuſtehen ſollten, vorgeſchrieben: Dispensationes, quacunque auctoritate concedendae, si extra Romanam curiam committendae erunt, committentur ordinariis illorum, qui eas impetraverint. Eae vero, quae gratiose concedentur, suum non sortiantur effectum, nisi prius ab eisdem, tanquam delegatis Apostolicis, summarie tantum et extraiudicialiter cognoscatur, expressas preces subreptionis vel obreptionis vitio non subiacere[61]).

Außerdem ergingen Beſchränkungen hinſichtlich der Dispenſationen von Eheverboten[62]), der Promotionen[63]), und die Feſtſetzung, daß dauernde Dispenſationen von der Reſidenz, zum Genuſſe der Früchte während der Abweſenheit[64]), ſo wie davon, daß Söhne ihren Vätern in einem Beneficium ſuccediren dürfen[65]), unzuläſſig ſeien. Endlich wurde den Biſchöfen das Recht beigelegt, ſich ſelbſt gewiſſe Caſus zu reſerviren[66]). Durch dieſe Beſtimmungen war aber keineswegs das Verhältniß des Papſtes und der Biſchöfe vollſtändig geregelt, und Rom konnte daher ſyſtematiſch ſein Recht ausdehnen und, indem es am Princip feſthielt, die Ausübung den Biſchöfen leihweiſe übertragen. Seit dem Anfange des ſiebenzehnten Jahrhunderts[67]) wurden den Biſchöfen beſondere Indulte oder Facultäten ertheilt, vermöge deren ſie das dem Papſte zuſtehende Dispenſationsrecht als deſſen Delegirte in gewiſſem Umfange und für gewiſſe Zeit (regelmäßig 5 Jahre, daher facultates quinquennales) auszuüben die Erlaubniß erhielten. Auf dieſem Wege wurden nun wieder Fälle als päpſtliche Reſervate aufgeführt, welche das tridentiniſche Concil bereits den Biſchöfen als eigene überlaſſen hatte. Dieſe Facultäten ſind ſchon ſeit langer Zeit unverändert[68]). Gleich der erſte Caſus, der die Abſolution

---

60) Eod. sess. XXIV. cap. 6 de reform., verb. sess. XIV. cap. 7 de reform.

61) Eod. sess. XXII. cap. 5 de reform., vergl. sess. VI. cap. 2 de reform. sess. VII. cap. 5 de ref. sess. XIII. cap. de ref. (ſ. die Anm. 57 cit. Stellen).

62) Eod. sess. XXIV. cap. 4. 5. de ref. matrim.: In contrahendis matrimoniis vel nulla omnino detur dispensatio, vel raro, idque ex causa et gratis concedatur...

63) Eod. sess. VII. cap. 11. 12. de ref.

64) Eod. sess. VI. cap. 2. de ref. Ueber die ſonſtigen Gründe zur Ertheilung einer Dispenſation von der Reſidenz ſ. m. eod. sess. XXIII. cap. 1. de ref.

65) Eod. sess. XXV. cap. 15. de ref.

66) Eod. sess. XIV. cap. 11. de poenit.

67) Nach Kopp, die katholiſche Kirche a. a. O. S. 254, ſoll der Kurfürſt von Mainz, Erzbiſchof Philipp von Schönborn, im Jahre 1618 der Erſte geweſen ſein, der die römiſchen Facultäten erhielt.

68) So die vom Jahre 1737 bei Kock, series episcoporum Monasteriensium, tom. IV. p. 214—220; vom J. 1772 bei Gaertner, corpus iuris eccl. T. II. p. 433 sq.; vom J. 1803 bei v. Droſte-Hülshoff, Grundſätze des Kirchenrechtes (2. Ausg.), Bd. 4, S. 592 flg. Damit vergl. man die bei Jacobſon, Geſchichte der Quellen des Kirchenrechtes des preuß. Staates, Bd. 1, Th. 1, Anhang Nr. 2, 3.

von der Häresie und Apostasie concedirt, gebührt den Bischöfen nach dem Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 6 de ref. (s. oben Anm. 56). Dasselbe gilt vom achten Casus wegen der Dispensation von Irregularitäten u. s. w. (Anm. 56), so wie vom zwölften Casus wegen der Ordinationen außer der gesetzlichen Zeit und ohne Berücksichtigung der Interstitien (Conc. Trid. sess. XXIII. cap. 11. 13. 14.) u. s. w. Da in solchen und anderen Fällen überdieß den päpstlichen Nuntien die umfassendsten Rechte zugestanden wurden, welche geeignet waren, das Recht der Bischöfe in ihren Diöcesen völlig zu vernichten [69]), so suchten die Erzbischöfe von Mainz, Cöln und Trier zuerst auf dem Convente zu Coblenz im Jahre 1769 [70]), und dann in Gemeinschaft mit dem Erzbischofe von Salzburg auf dem Congresse im Bade Ems im Jahre 1786 [71]) ein selbstständigeres Dispensationsrecht zu begründen. In ihrer Punctation [72]) vom 25. August beanspruchten sie das Recht, a) in dem allgemeinen Abstinenzgebote zu dispensiren, wenn diese Dispens sich auf öffentliche Nothwendigkeit oder Nutzbarkeit der untergebenen Diöcesanen gründet; b) in allen Ehehindernissen, so weit der heilige Stuhl zeither den Bischöfen allgemeine Dispensvollmacht, oder auch zuweilen in einzelnen Fällen noch näherer Grade, nämlich in secundo gradu consanguinitatis und in primo et secundo gradu affinitatis Dispensen zu ertheilen pflegte. Wobei es jedem Erz- und Bischofe frei bleibt, in vorkommenden bedenklichen Fällen sich bei Sr. päpstlichen Heiligkeit Raths zu erholen. Weil aber c) in dem dritten und vierten Grade der Consanguinität und Affinität, auch der geistlichen Verwandtschaft in den meisten Fällen, und dem sogenannten impedimento publicae honestatis immer dispensirt wird, so könnte mit den noch übrigen Bischöfen näher überlegt werden, ob es nicht räthlicher sei, diese impedimenta ganz aufzuheben. d) Aufhebung der Verbindlichkeiten, die aus den heiligen Weihen entspringen, und zwar bei eintretenden erheblichen und dringenden Ursachen in Ansehung der Sub- und Diaconen. e) Lossprechung der Ordensgeistlichen von ihren feierlichen Gelübden [73]). f) Dispensation in der Mehrheit der Präbenden [74]). — Außerdem erklärten die Erzbischöfe, daß die sogenannten facultates quinquennales vom römischen Hofe nicht mehr begehrt, sondern in den darin enthaltenen Fällen die erforderlichen Dispensen, wenn canonische Beweggründe im Mittel lägen, vom Bischofe ertheilt, auch über die Statuten der teutschen Kirchen römische Dispensen nicht weiter zugelassen werden sollten [75]).

---

69) M. s. z. B. wegen der Facultäten des cölner Nuntius: Geschichte der Nuntiaturen Teutschlands von A. J. C. 1790. (5. L.) S. 137 flg.

70) Die Schlüsse vom 13. Dec. d. J. bei Le Bret, Magazin der Staats- und Kirchengeschichte, Bd. 8, S. 21 flg.

71) Vorarbeiten dazu bei Kopp a. a. O. S. 16 flg.

72) Oft gedruckt, unter andern bei Martens, recueil des principaux traités, T. IV. p. 748 sq.; Gaertner, corp. iur. P. II. p. 347 sq.

73) Punctation cit. Art. 2.

74) A. a. O. Art. 5.

75) A. a. O. Art. 4, 14.

Mit ähnlichen Forderungen war auch gleichzeitig die von Scipio Ricci gehaltene Synode zu Pistoja aufgetreten. Allein weder in Teutschland, noch in Toscana trat die übrige Geistlichkeit bei, und so konnte der Papst alle der bisherigen Praxis widersprechenden Vorschläge aufs Entschiedenste zurückweisen. Dieß that er theils in der Responsio ad Metropolitanos Moguntinum etc. super nunciaturis apostolicis, vom 14. November 1789, theils in der Bulle Auctorem fidei vom 28. August 1794[76]). Die letztere, zunächst gegen die Synode von Pistoja gerichtet, ist späterhin auch allgemeiner dem Clerus als maßgebend eingeschärft worden, so daß auch ihre Erklärung über die Dispensen als die von Rom noch vertheidigte zu betrachten ist[77]). Hier heißt es denn unter Anderem: Doctrina, quae statuit conveniens videri in impedimentis canonicis, quae proveniunt ex delictis in iure expressis, ullam unquam nec concedendam nec admittendam esse dispensationem aequitatis et moderationis canonicae a sacro Concilio Tridentino probatae laesiva, auctoritati et iuribus ecclesiae derogans, u. dgl. m.[78])

Daher ist denn auch jetzt noch die Verleihung der Facultäten in der bisher üblichen Weise beibehalten und die Handhabung der curialistischen Disciplin durch mehrere besondere Verordnungen eingeschärft worden. Nach der noch geltenden römischen Theorie erfordert eine Dispensation:

I) das Recht des Ertheilenden. Im Allgemeinen ist der Papst im Besitze, der sich auch selbst oder, nach der Ansicht Mancher, durch seinen Beichtvater Dispensen ertheilt[79]), während die Bischöfe nur ausnahmsweise dispensiren sollen, nämlich

1) in den Fällen, welche ausdrücklich das canonische Recht als ihnen zustehend bezeichnet. Den Grundsatz selbst stellte schon Innocenz III. auf, und die Quellen enthalten mehrfache Anwendungen[80]). Insbesondere gehört hierher auch die Dispensation von eigenen Verordnungen der Bischöfe[81]).

2) In den Fällen, welche die Quinquennalfacultäten den Bischöfen überweisen.

Diese Theorie wird von den Episkopalisten bestritten, und dagegen behauptet, daß in dubio stets der Bischof zu dispensiren habe, der Papst

---

76) M. s. Eisenschmidt, römisches Bullarium, Bd. 2, S. 557 flg., S. 638 flg.

77) Sie ist daher auch in die neue Ausgabe des Concils von Trient, welche mit Approbation des kathol. sächsischen Consistoriums, im J. 1839 zu Leipzig erschienen ist, unter den Anhängen Quae theologiae candidatis utilia esse videntur, col. 145 sq., mit übergegangen.

78) M. s. z. B. Art. 56, 57 u. a.

79) Vergl. J. H. Böhmer, diss. praelimin. T. IV. iuris eccl. Prot. §. LI; Walter, Lehrbuch des Kirchenrechtes, §. 175.

80) C. 15. X. de temporib. ordinat. (1. 11.) — C. 59. X. de electione. (1. 6.) C. 4. §. 2. X. de iudiciis. (2. 1.) Cap. 34. de electione in VI. (1. 6.) C. 1. de filiis presbyterorum in VI. (1. 11.) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 6. de ref.

81) Benedict. XIV. de synodo dioecesana lib. XIII. cap. V. §. 7 sq.

aber nur in den ihm wirklich reservirten Fällen[82]). Außerdem aber nehmen Viele, die sonst die päpstlichen Vorrechte nicht bestreiten, an, daß casus papales superveniente impedimento adeundi Papam fiunt episcopales[83]). So schrieb auch am 20. October 1810 der Fürstbischof von Breslau, als seine Communication mit dem Papste gehemmt war, an seinen Generalvicar: „Bei diesen außerordentlichen Umständen tritt der Fall ein, daß ich als ordinarius und delegatus sedis Apostolicae nach den kirchlichen Gesetzen, der Meinung der bewährtesten Canonisten und der praxis Episcoporum befugt bin, potestate episcopali ordinaria die Dispensen zu ertheilen, welche sonst beim apostolischen Stuhle zu Rom nachgesucht werden." Andere dehnen diese Befugniß noch weiter aus und legen dem Bischofe das Dispensationsrecht bei a) in dringenden Fällen, wo Gefahr im Verzuge ist, b) wo das Gewohnheitsrecht für den Bischof spricht, c) in causis quotidianis et levibus, d) in Fällen, wo es überhaupt zweifelhaft ist, ob es einer Dispensation bedarf.

So lange übrigens die Curie diese Ausnahmen noch nicht anerkannt hat, wird von Seiten der weltlichen Behörden eine Erleichterung nicht wohl erwirkt werden können, wenn die Bischöfe nicht selbst ihr Recht geltend machen.[84]). — Außer den Bischöfen dispensiren auch die Generalvicare vermöge ihnen ertheilter Vollmacht[85]), welche aber in Betreff der Häresis unstatthaft ist, und sede vacante das Capitel oder dessen Generalvicar, mit Ausnahme der dem Bischofe höchst persönlich übertragenen Dispensen[86]).

II) Das Recht des Empfängers. Dieß beruht stets auf einer iusta causa, als welche eine necessitas und utilitas, vereinbar mit sonst bestehenden Rechten Dritter, überhaupt erscheint[87]). Daher wird eine Dispensation unkräftig, wenn eine sub- oder obreptio bei der Erwähnung der Motive zur Ertheilung stattfand[88]), in welcher Beziehung den Bischöfen die Pflicht der Prüfung jeder päpstlichen Dispensation auferlegt ist (s. oben Anm. 57, 61).

III) Die Wirkung besteht überhaupt in der Befreiung von der Befolgung der gesetzlichen Vorschrift, resp. in der Erlaubniß zu einer sonst unstatthaften Handlung oder der Lösung der Vollziehung sonstiger Erfor-

---

82) M. s. z. B. Sauter, fundamenta iuris eccl. P. III. §. 322 sq.; v. Droste-Hülshoff, Grundsätze des Kirchenrechtes, Bd. 2, Abth. 2, §. 210, Nr. V. A. B. u. a. — Dagegen Walter, Lehrbuch, §. 175.

83) S. Kopp a. a. O. S. 256.

84) M. s. Eichhorn, Kirchenrecht, Bd. 2, S. 24, 25.

85) Vergl. c. 4. de procuratoribus in VI. (1. 19.) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 6. de ref.: Per se ipsos aut Vicarium, ad id specialiter deputandum.

86) C. 11. X. de M. et O. (1. 33.)

87) M. s. die oben Anm. 34 cit. Stellen, insbesondere noch c. 8. X. de voto (3. 34.) (Innoc. III. a. 1200); c. 19. X. de sentent. et re iudicata (2. 27.) (idem a. 1212). — Ueber die Streitfrage, ob der Papst auch sine iusta causa wirksam dispensiren könne, s. m. de Marca l. c. cap. XV. §. 1 sq.

88) Beispiele in c. 6. X. de consanguin. (4. 14.) (Innoc. III. a. 1213); c. 21. de praebendis in VI. (3. 4.) (Bonif. VIII. a. 1298).

derniſſe, jenes z. B. bei der Verſtattung einer verbotenen Ehe, dieſes bei der Befreiung von Faſten u. ſ. w. Hierbei äußert aber das Verhältniß der kirchlichen und bürgerlichen Geſetzgebung einen beſtimmten Einfluß, indem eine Dispenſation zugleich religiös und politiſch, oder nur religiös anerkannt ſein darf (dispensatio publica — privata). Blos kirchlich in Betracht kommt die Dispenſation, zu deren Erlangung nur das Gewiſſen verpflichtet iſt (dispensatio pro foro interno, im Gegenſatze der disp. pro foro externo). Iſt eine Dispenſation kirchlich und bürgerlich erforderlich und verpflichtend, ſo muß ſie von der competenten Behörde der Kirche und des Staates zugleich ertheilt werden. Nicht ſelten gibt es aber Dispenſationen, welche nur von der Kirche oder nur vom Staate gefordert werden. In jenem Falle, welcher beſonders in Ländern vorkommt, deren Regierung eine nicht katholiſche iſt, fordert es die Reception der katholiſchen Kirche, daß die Erwirkung ſolcher Dispenſen nicht verhindert oder ohne Grund erſchwert werde. Da die Regierung von ihrem Standpunkte aus die Verleihung ſolcher Dispenſationen nur als Angelegenheit des Gewiſſens betrachtet, ſo hat ſie diejenigen Katholiken, welche ſich nach dem Civilrechte, das auch ohne Dispens eine Handlung für rechtsgiltig erklärt, richten wollen, bürgerlich zu ſchützen, ohne freilich die Kirche daran zu hindern, daß ſie gegen Verächter ihrer Sanctionen auch mit kirchlichen Strafen verfahre [89]). Unzuläſſig würde es dagegen ſein, daß eine kirchliche Dispenſation in einem Falle gewährt würde, den der Staat als indispenſabel bezeichnet hat. Wo eine Dispenſation aber bürgerlich gefordert wird, wenn die Kirche dieſelbe auch nicht vorgeſchrieben, iſt dieſelbe vom Staate einzuholen.

So entſcheiden die neueren Particularrechte, wie das preußiſche [90]), das von Sachſen-Weimar [91]) und andere, ja zum Theil ſelbſt die katholiſcher Länder [92]).

IV) Die Ertheilung der Dispenſationen ſelbſt iſt an beſtimmte Formen gebunden [93]). Was beſonders die von Rom zu erlangenden betrifft, ſo kommt es hier auf den Unterſchied derer pro foro interno und externo vorzüglich mit an. Jene, welche ſich auf die Sündlichkeit einer Handlung allein beziehen, falls der Caſus geheim blieb, ertheilt die Poenitentiaria Romana, dieſe, deren Object die äußere kirchliche Disciplin bildet, gehen von der Dataria aus. Jene werden unmittelbar durch die Biſchöfe an den römiſchen Stuhl befördert, dieſe gehen

---

89) S. Dürr, diss. de domino territoriali Protestantico suis subditis catholicis in impedimentis matrimonium jure eccl. dirimentibus nulliter dispensante (Mogunt. 1769), beſonders §. XXV. XXVI. (auch bei Schmidt, thesaur. iuris eccl. T. VI. p. 662).

90) Allg. Landrecht, Th. 2, Tit. 1, §. 3 flg.; Th. 2, Tit. 9, §. 443, 444.

91) Geſetze vom 7. Oct. 1823.

92) So in Oeſterreich zum Theil wegen des Ehehinderniſſes propter cognationem spiritualem etc. (v. Zeiller, Commentar über das allg. bürgerl. Geſetzbuch, Bd. 1, S. 176 flg., 236 flg.).

93) M. vergl. beſ. Pletteuberg, notitia congregationum et tribunalium curiae Rom. (Hildesii 1693, 8.) p. 230 sq. u. A.

durch die Staatsbehörden und erfordern das landesherrliche Placet [94]). Die dafür zu entrichtenden Gebühren sind durch eigene Taxordnungen bestimmt. Da Dispensen eigentlich gratis zu ertheilen sind, so sind die Taxen zunächst zur Unterhaltung der Behörden angeordnet.

In der evangelischen Kirche [95]) ist principmäßig die Anwendung von Dispensationen beschränkt und für die Fälle, in denen sonst gewöhnlich eine Dispensation erforderlich schien, die Gesetzgebung selbst geändert. Demungeachtet ist doch noch mehrfach das Dispenswesen beibehalten, und das Recht zur Ertheilung als ein dem Landesherrn zustehendes anerkannt, welches unbedingt ihm als Inhaber der Kirchengewalt zukommt, und da, wo ihm diese Gewalt fehlt, unter seiner Aufsicht gehandhabt wird. Gewisse Dispensationen pflegt der Landesherr sich zu reserviren, andere werden in bestimmtem Umfange von dem Ministerium des Cultus, den Consistorien und Superintendenten ertheilt. Particularrechte enthalten nähere Festsetzungen. In Preußen dispensirt der König von allem Aufgebote und von einzelnen Ehehindernissen [96]), das Ministerium vom dritten und zweiten Aufgebote [97]), insoweit nicht in einzelnen Provinzen den Oberpräsidenten dieß überlassen ist [98]), desgleichen vom defectus aetatis der Ordinanden [99]), die Regierung von Taufen und Trauungen in der Kirche, von dem dritten Aufgebote und den verfassungsmäßigen Erfordernissen der Confirmation [100]). Die sonst noch vorkommenden Dispensen stehen dem Consistorium zu. Im Wesentlichen sind die dispensabeln Fälle in anderen Ländern bezüglich der evangelischen Kirche dieselben, die Verwaltung aber nach dem Ressortverhältnisse verschieden, wie in Sachsen [101]), Bayern u. s. w. [102]) Die Gebühren werden auch hier nach bestimmten Sporteltaxen entrichtet [103]).

94) Dieß geschieht in allen sowohl katholischen, als protestantischen Ländern, mit Ausnahme Belgiens. In der neuesten Zeit ist Rom wieder gegen diese wohlbegründete Praxis aufgetreten.

95) J. H. Böhmer, diss. de sublimi principum disp., sect. I. cap. II. §. 30. 31. sect. II. cap. II. Eichhorn, Kirchenrecht, Bd. 2, S. 63—65. Stahl, die Kirchenverfassung nach Lehre und Recht der Protestanten (Erlangen 1840), S. 187, 188.

96) Allg. Landrecht, Th. 2, Tit. 1, §. 153; Anhang zum Landrecht §. 62; vergl. Cab.-Ordre vom 17. Jan. 1838 (v. Kamptz, Annalen, Bd. 22, Heft 2, S. 351).

97) Instruction vom 23. Oct. 1817, §. 2, Nr. 10.

98) Minist.-Rescr. vom 4. Februar 1819 (v. Kamptz, Annalen, Bd. 3, H. 1, S. 98).

99) Minist.-Rescr. v. 13. Juli 1834 (vergl. das Public. des Consistoriums der Provinz Sachsen vom 30. Juli 1834, in v. Kamptz, Annalen, Bd. 18, H. 3, S. 712).

100) Regier.-Instruct. vom 23. Oct. 1817, §. 18 h, verb. mit der Consistorial-Instruct. v. demf. T. §. 2, Nr. 10.

101) M. s. Weber, systemat. Darstellung des im Königreich Sachsen geltenden Kirchenrechtes, Th. 1, Abth. 1, S. 304 flg.; Th. 2, Abth. 1, S. 183; Abth. 3, S. 1134 flg., 1296 flg.

102) Bayersches Relig.-Edict von 1818, §. 11, Nr. 11. Verordnung vom 31. Mai 1820.

103) M. s. z. B. das großherz. sachsen-weimarische Gesetz vom 27. April 1836 (Regier.-Blatt Nr. 16).

Wegen der eigenthümlichen Stellung der evangelischen Kirche zum Staate sind die Dispensationen regelmäßig zugleich kirchlich und bürgerlich wirksam.

Ob der Landesherr in kirchlichen Angelegenheiten einer Dispensation bedürfe, wird verschieden beantwortet. Es gilt hier aber nach der richtigen Ansicht wohl dasselbe, was oben in Beziehung auf politische Verhältnisse erinnert worden ist [104]).

Die Rechtsgrundsätze für die einzelnen Verhältnisse selbst, bei welchen sowohl in der katholischen als evangelischen Kirche Dispensationen vorkommen, können hier nicht erörtert werden, sondern müssen ihre Stelle bei der Ausführung der einzelnen Materien finden, vorzugsweise also in den Artikeln Ehe, Eid, Gelübde, Kirchenpfründen, Ordination.

H. F. Jacobson.

**Dolus.** Die Etymologie des Wortes überlassen wir den Philologen, welche darüber einig werden mögen, ob die Verwandtschaft des Wortes mit dolor, doleo, dolon etc. keine blos zufällige sei, oder ob es sich vom griechischen δόλος, δέλω herleite, ob daher der Stamm desselben auf ein Verletzen, oder mehr auf ein Ueberlisten hinweiset [1]). Wie es sich auch gebildet haben mag, der über Worte zuletzt entscheidende Gebrauch hat ihm eine solche doppelsinnige Bedeutung einverleibt, welche jede dieser Ableitungen rechtfertigt und, als Haupt- und Nebenbegriff abwechselnd, diesem Ausdrucke drei Hauptbeziehungen gibt, je nachdem durch denselben blos die Zurechnung einer Rechtswidrigkeit, oder eine Begehungsart derselben, oder eine objective Eigenthümlichkeit von Rechtswidrigkeiten unterschieden werden soll. In der ersten, im Teutschen nicht anders, als durch schlimmen oder rechtswidrigen Vorsatz zu übersetzenden und auch im Lateinischen mit propositum, consilium, consulto oder data opera factum synonymen Bedeutung, welche die weiteste ist, wird es der culpa entgegengesetzt und coordinirt, und umfaßt zugleich den Zwang [2]), ja in der exceptio doli generalis jede widerrechtliche Intention, da diese Einrede sich bekanntlich nicht darauf beschränkt, wo der Anspruch des Klägers aus Zwang oder Betrug hervorgegangen ist, sondern auch da anwendbar bleibt, wo Umstände, Ereignisse, Thatsachen vorliegen, welche die Klage, mag sie auch dem Buchstaben nach Grund haben, als innerlich widerrechtlich und unbillig erscheinen lassen, vorausgesetzt, daß der Kläger mit diesen Umständen und Verhältnissen bekannt sein konnte und mußte, also seinen bösen Willen, seinen dolus dadurch offenbart, daß er sich nicht daran kehrt [3]). In dieser umfassendsten Bedeutung wird

---

104) Vergl. J. H. Böhmer, diss. praelim. T. IV. iuris eccl. Prot. §. 52; G. L. Böhmer, principia iuris can. §. 224.

1) Vergl. Döderlein, lat. Synonymen und Etymologien, und Carmignani, teoria delle leggi della sicurezza sociale. Vol. II. p. 61 (Pisa 1831). Das griechische Wort δέλω heißt nämlich Locken, Fangen, Verführen.

2) L. 14. §. 13. D. quod metus causa. (4. 2.) L. 2. §. 8. D. vi bonorum raptorum. (47. 8.) L. 4. §. 33. D. de doli et metus exceptione.

3) Vergl. Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen

also die gewußte und gewollte Verletzung irgend eines durch die Rechtsordnung geschützten Gutes oder Interesses als Hauptmerkmal hervorgehoben, und auf sie stützt sich die Polemik des Labeo, welcher nach der L. 1. §. 1. D. de dolo malo die das aliud simulatur, aliud agitur herauskehrende Definition des Gallus Aquilius und seines Schülers Servius als zu enge anfocht, aber freilich in seiner Umschreibung doch nahebei wieder darauf zurückkam, weil immer zugleich eine subjective Seite des für Andere empfindlichen Unrechtes durch das Wort unvermeidlich war, und dieses Unrecht selbst dann, wenn es mit offener Gewalt endigt, doch gewöhnlich und mit der seltenen Ausnahme des gerechten Affects, auf eine versteckte Weise vorbereitet werden muß, um zum Ziele zu gelangen. Der Nebenbegriff irgend eines Umtriebes, einer lichtscheuen Tücke, oder eines hinter das Licht führen Anderer, um sie abzufangen oder ihnen beizukommen, wird also in der Erscheinung gewöhnlich damit vergesellschaftet sein und dient gerade zum Beweis des dolus, welcher bei demjenigen, der den offenen und geraden Weg einschlägt, dadurch ungewiß wird, weil wir entweder an seiner Zurechnungsfähigkeit, oder daran zweifeln müssen, ob er nicht in seinem Rechte zu handeln geglaubt hat.

Diesen Nebenbegriff erhebt die zweite, engere und eigenthümlichere Bedeutung des, wie in der ersten Bedeutung mit culpa, so hier mit fraus sinnverwandten, Wortes dolus zum Hauptmerkmal und setzt diesen als List, oder, weil diese zum Schutze des Seinigen, beim Feldherrn, Diplomaten u. s. w., nichts Unerlaubtes, oder gar eine preiswürdige Tugend ist, als Arglist der Gewaltthätigkeit und Eigenmächtigkeit, der vis metusque, dem physischen oder psychologischen Zwange entgegen. Sie bezieht sich also auf die Mittel oder auf die Begehungsart von Verbrechen, oder von Rechtswidrigkeiten überhaupt, wobei es auf die objective Verschiedenheit der letzteren nicht ankommt. Auch körperliche Beschädigungen von Personen und Sachen, sogar Eigenthumsbeeinträchtigungen durch Entwendung können ebenso gut durch unmittelbare Anwendung unserer Körperkräfte, als auf eine minder in die Sinne fallende, gleichsam hinter der Coulisse wirkende mittelbare listige Weise begangen werden, die den Erfolg ohne weiteres Zuthun von unserer Seite herbeiführt, wie es Nauplius machte, welcher an der Küste Leuchtfeuer anzündete, damit die in der Nacht mit dem Sturme kämpfenden Schiffe der Griechen auf das falsche Signal lossteuern und statt zum Hafen, auf Klippen gerathen sollten, oder durch das Legen von Fußangeln, Fallen oder Selbstschüssen, oder durch das Ködern fremder Thiere, Tauben oder Bienen. Diese Begehungsart der Verbrechen bildet nicht nur in der Lehre vom Versuche einen sehr erheblichen Unterschied, weil man bei den blos gewaltthätigen Verbrechen den Anfangspunkt der Strafbarkeit des letzteren erst mit dem Momente annehmen darf, wo zu dem keine Anticipation der Wahrneh-

Stand, S. 292; Hänel, im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 12, Nr. 20: über das Wesen und den heutigen Gebrauch der act. et exc. doli. S. 419, 422, und die daselbst angeführten Gesetzstellen. Die Hauptstelle ist L. 2. §. 5. D. de doli mali et metus exc.

mung zulassenden, örtlich und zeitlich beschränkten Werke des Vollbringens geschritten wird, während die heimtückischen, wie der Gift und Meuchelmord, sich schon durch oft vom Ziele noch weit entfernte Voranstalten, wie den Bau einer Höllenmaschine, den vollständigen Plan und die Festigkeit des Vorsatzes zur Genüge ankündigen[4]), sondern sie ist auch für den Sprachgebrauch unserer Rechtsquellen merkwürdig, weil die Ausdrücke: cuius dolo malo factum est, häufig gerade eine solche operatio indistans, von Labeo treffend machinatio genannt, und unsere intellectuelle Urheberschaft durch blindwirkende oder freie Ursachen bezeichnen sollen, wobei man selbst Hand anzulegen nicht immer nöthig hat[5]). Sie stehen mit dem bekannten nihil interest, occidat quis, vel damnum det, an causam vel occasionem mortis vel damni praebeat, in genauer Verbindung. Sehr fruchtbar ist diese Beziehung für die, auch bei Strafgesetzen nicht ausgeschlossene, extensive Auslegung oder Rechtsanwendung, wenn es darauf ankommt, ob wirklich in fraudem legis gehandelt worden ist. Das Gesetz zeichnet gewöhnlich das Verbrechen durch die den effectum integrum hervorbringende Handlung des physischen Urhebers und muß diese hervorheben, damit nicht mit diesem ursprünglichen Schema, als allein zu einer zu allgemeiner Mittheilung fähigen Versinnlichung tüchtig, jeder feste Thatbestand verloren gehe. Folgeweise ist damit jede mittelbare Urheberschaft verboten und verpönt, welche die specifisch gleiche Wirkung hervorbringt. Das Muster einer solchen Synthetik finden wir in den Institutionen- und Pandektentitel ad L. Aquiliam. Kurz bei einander finden wir aber jene verschiedenen Beziehungen des dolus in der L. 1. pr. 1. u. 2. D. de eo, per quem factum, in den Worten: Fecisse dolo malo non tantum is putatur, qui suis manibus, vel per suos retinuerit: verum qui alios quoque rogavit, ut eum detinerent vel abducerent, ne iudicio sistat: sive scientes, sive ignorantes (ein Beweis, daß die Strafbarkeit des intellectuellen Urhebers nicht nothwendig von der Strafwürdigkeit des physischen abhängt, wie unsere neuen Gesetzbücher durch den gewählten Ausdruck: Anstiftung, leicht mißverstanden werden könnten) quid esset, quod comminisceretur. Dolum quoque malum sic accipimus, si quid venienti ad iudicium aliquid pronuntiaverit triste, propter quod is necesse habuit, ad iudicium non venire.

Die dritte, allerengste und eigenthümlichste, der fallacia synonyme Bedeutung bezieht sich, als insbesondere für das Obligationenrecht praktisch, auf den Consens, oder auf eine den Erfolg des bösen Willens bedingende Willensbestimmung des Damnificaten, und entspricht dem, was wir im Teutschen Betrug im weitesten Sinne nennen, worunter man also nicht blos den criminellen, sondern auch den civilrechtlich wirksamen verstehen muß. Sie setzt, während die früheren Bedeutungen gegen das Object sich indifferent verhalten, ein eigenthümliches Object voraus. Sie besteht

4) Die Folge dieses Unterschiedes wird zu erörtern versucht im Archiv des Criminalrechtes, Jahrgang 1839, Stück II, S. 276, u. Stück III, S. 434 flg.

5) Z. B. L. 1. de lege Pomp. de parricidiis, vergl. mit L. 15. D. ad leg. Corn. de sicariis.

ſtrenge genommen in einer Vermögensbeeinträchtigung, wohl zu unterſcheiden von einem auch durch andere Mittel hervorzubringenden unmittelbaren liſtigen oder täppiſchen Vergreifen an dem Eigenthume körperlicher Sachen, welche entweder Beſchädigung, Diebſtahl oder Beſitzſtörung ſein wird, und dadurch bewirkt, daß der Damnificat durch Täuſchung zu einer eigenen freien Verfügung über das Seine verleitet wird. Wo es ſich von keiner allezeit ſchätzbaren Vermögensbeeinträchtigung handelt, oder die nicht durch den Beſchädigten ſelbſt wirkende Täuſchung nur das Mittel zu einem anderen Verbrechen iſt, da kann von einem Betruge nur uneigentlich und abuſiv geſprochen werden. Lügen, Erdichtungen, namentlich Schmähſchriften, welche die Ehre und den guten Namen unſeres Nebenmenſchen angreifen, nennt bei der entſchiedenſten Abſicht, daß ſie Glauben finden ſollen, Niemand Betrug; ſie ſind Verläumdungen, deren Stellung unter das letztere Verbrechen ein Mißgriff des berühmten Feuerbach war, der daraus ein Einſchreiten von Amtswegen rechtfertigen wollte. Der vorhin erwähnte Nauplius wird den Namen eines Mörders verdienen[6]), aber ein Betrüger könnte er juriſtiſch ſo wenig genannt werden, als derjenige, der durch irgend ein Blendwerk (panno rubro) mein auf den Alpen weidendes Vieh ſcheucht, damit es in den Abgrund ſtürzt oder Dieben zur Beute werde, oder unter einer aufgeregten Volksmenge, z. B. bei einer Feuersbrunſt, Jemanden boshafter Weiſe als Urheber des Verbrechens bezeichnet und der allgemeinen Rache Preis gibt. Eben ſo wenig iſt dieſe Bezeichnung auf den Dieb anwendbar, der unter dem falſchen Vorgeben, mit einem Tuchhändler große Geſchäfte zu machen, ſein Lager durchmuſtert, ſich für ſeine angeblichen Committenten Tuchproben abſchneiden läßt, um Zeit und Gelegenheit zu haben, die zum Einbrechen geſchickteſte Localität und die ihm tauglichſten Waaren zu erſpähen, obgleich hier ſchon indicia oder insidiae vorliegen, womit unſere Rechtsquellen den dolus im weiteſten Sinne bewieſen haben wollen. Es gibt allerdings Betrugshandlungen, welche durch unmittelbare Einwirkung auf eine Sache begonnen werden, ohne daß man vorher den Damnificaten durch falſche Vorſpiegelungen zu einer ihm nachtheiligen Verfügung über ſein gegenwärtiges oder künftiges Vermögen verleitet, wie es der Fall iſt, wenn er dadurch zum Creditgeben, zu einer ihm nachtheiligen Antretung oder Ausſchlagung einer Erbſchaft, Ausbezahlung von Legatarien, ohne die Falcidiſche Quart zu bedenken, beſtimmt wird. Als nach heutigem Rechte unzweideutige Beiſpiele dienen die Entwendungen eigener Sachen, welche das einer ſolchen Erweiterung minder günſtige römiſche, wegen des darauf einem Anderen zuſtehenden Pfand- oder Retentionsrechtes als Furtum behandelt, wie wenn ich bei Jemandem eine verſiegelte Geldrolle deponire, und den Ort des Aufbewahrens und den nachläſſigen Verſchluß des Depoſitars bemerkend, die Gelegenheit benutze, ihm dieſelbe wegzunehmen. Allein es leuchtet ein, daß dieſes entweder eine bloße Ne-

6) Nach unſerem gemeinen Rechte iſt dieſe Subſumtion unbeſtreitbar, da dieſes die naufragos suppressos ſchon durch die Verhinderung oder Abſchneidung der möglichen Hilfe oder Rettung unter die lex Cornelia de sicariis ſtellt.

ckerei ist, oder daß ich, um einen wahren Betrug zu begehen, den Vorsatz haben muß, ihn wegen des Abhandenkommens ex deposito in Anspruch zu nehmen, wo dann zur Ausführung mehr gehört, mag es auch sein, daß ich darauf rechne, ihm für Gegenansprüche, die er mit der actio contraria verfolgen konnte, den Muth zu benehmen. Das Gleiche gilt von der Entwendung des Faustpfandes durch den Schuldner, welche ihren Zweck nur durch eine Benutzung der Unwissenheit des Gläubigers über die Art des Abhandenkommens erreichen wird, und da sie von der Schuld nicht befreit, nur dem dasselbe sogleich verprassenden Gantmann zu Nutzen kommt. Eben so, wenn der Verkäufer das noch in seiner Detention befindliche Pferd, das entweder schon bezahlt ist, oder gegen Bezahlung jede Stunde abgeholt werden darf, auf den nächsten besten Jahrmarkt reitet und zum zweiten Mal verkauft. Auch dieser wird, um dem Anspruche auf das Interesse zu entgehen, und um doppelten Gewinn davon zu tragen, noch irgend einer fallacia bedürfen, und etwa durch Zerstörung seines Stallladens einen Einbruch simuliren müssen. Diese und andere Beispiele zeigen also nur, daß man die Wirkung des Verbrechens auf die Eingehung von Verbindlichkeiten, in die der Beschädigte ohne Täuschung nicht gewilligt haben würde, nicht beschränken darf, daß es eben sowohl auf Vereitelung wohlerworbener Forderungsrechte gerichtet sein kann, welche sich indessen auf einen unwillkürlichen Verzicht zurückführen lassen, welcher aber nichts Anderes als eine Verfügung über gegenwärtiges oder zukünftiges Vermögen ist, und von Rechtswegen nur mit seinem Willen geschehen sollte, wobei es aber immer merkwürdig bleibt, daß unser gemeines Recht gerade wegen der Unwillkürlichkeit des Verzichtes hier mehr als einen einfachen Betrug, welcher überhaupt, um eine öffentliche Strafe zu verwirken, schon als Stellionat einen erschwerten Charakter angenommen haben muß, und beziehungsweise ein wahres furtum oder ein falsum annimmt. Sie beweisen aber nicht, daß hier die engste und zugleich objective Bedeutung des Wortes dolus anwendbar sei [7]), welche mehr, als die blos subjective Seite und Begehungsart der verschiedenartigsten Rechtswidrigkeiten, nämlich eine eigenthümliche Art von Verletzung Anderer bezeichnet, ohne ein Ueberlisten unter der äußeren Form des Rechtes gar nicht möglich ist, und mit dem Gewahrwerden der Täuschung oder Hinterhaltung ihren nächsten Zweck verfehlt, daß ihr der scheinbar freie Wille des hinter das Licht geführten Dannificaten selbst beförderlich sein soll. Hiermit hängt es zusammen, daß der Betrug nicht, wie es bei offenen Friedensbrüchen der Fall ist, eine absolute, auch dem unschuldigen Dritten, wie durch die unverjährbare res furtiva, schadende, aber auch von Dritten anzurufende, sondern nur eine respective Nichtigkeit des Geschäftes oder des Geschehenen hervorbringt, welche den augenblicklichen Uebergang des Eigenthums nicht hindert, und zugleich zu Entschädigungsansprüchen aus dem Geschäfte selbst berechtigt; daß ferner das dem Begriffe dieses Verbrechens allein vollkommen angemessene und

7) Diese Beziehung hat kein Schriftsteller so richtig und so tief eingesehen, als Roßhirt. Vgl. neues Criminalarchiv, Bd. 8, S. 373.

natürliche Object das Vermögen ist, worauf sich auch in unserem gemeinen Rechte die actio doli, so wie der der ersteren parallel laufende Stellionat ausschließend bezieht [8]). Ich weiß zwar wohl, daß die neuere Jurisprudenz und Gesetzgebung dieser Bezeichnung eine vagere Ausdehnung gegeben hat, welche auch nicht cessibele Rechte und Interessen, dem ius publicum angehörig, nicht ausschließt, und bin weit entfernt von der Behauptung, daß solche Verletzungen nicht auch Verbrechen seien und sein können. Sie sind zum Theil viel schwerer als gewöhnliche Betrügereien. Nur das finde ich bedenklich, sie unter jenen Gemeinbegriff zu stellen, was in mancher Beziehung zu hart und in mancher zu gelind ausfallen wird, glaube vielmehr, daß die Gesetzgebung auf unserem heutigen Standpunkte sie je nach der Verschiedenheit des Objectes als besondere Verbrechen classificiren muß, und auch in der Regel classificirt haben wird. Die Nothwendigkeit einer eigenthümlichen Auffassung derselben zeigt sich schon bei der, besonders wegen des Einflusses auf die Güterrechte der Ehegatten, noch am ungezwungensten hierher zu beziehenden betrüglichen Verleitung zur Ehe, da schon hier der Umstand entgegentritt, daß die Ehe kein bürgerlicher Contract, dergleichen die Willkür eingeht und auflöst, sondern ein Stand ist, in der bürgerlichen Gesellschaft unter dem höheren Schutze der Religionsbegriffe eingeführt. Es gibt eine Menge zu einer Ehe verleitende Vorspiegelungen oder Verschweigungen, welche darum die Ehe nicht vernichten, weil ihnen sonst im Handel und Wandel Folge gegeben werden müßte, und inconsequent wäre es schon, hier einen Betrug strafen zu wollen, während der Staat die Ehe aufrecht erhalten muß. Auch dürfte der Windbeutel, der eine reiche Erbin gewann, indem er sich selbst für wohlhabend ausgab, schwer zu überführen sein, daß er es auf ihr Vermögen angelegt hat, und ob es ihm nicht redlich darum zu thun war, sie durch seine Person zur glücklichsten Frau von der Welt zu machen, ihr Vermögen aber zu erhalten und zu vermehren, weshalb von jeher darüber gestritten wurde, ob ein solcher Irrthum zur Scheidung berechtigt und das französische Recht diese Frage verneinend entscheidet. Zu enge zeigt sich die Subsumtion bei dem nur in subjectiver und formeller Beziehung dem Betruge verwandten Verbrechen der Unterdrückung des bürgerlichen Standes, welches in materieller und objectiver Hinsicht, namentlich bei dem partus suppositus, sich weit

---

8) Der schlagendste Beweis liegt in dem Satze, daß die actio doli einen beträchtlichen Schaden von wenigstens zwei aureis fordert, was auf ein schätzbares Object, oder auf ein Gut im staatswirthschaftlichen Sinne zurückweist, das ein pretium commune hat, obgleich ich zugebe, daß diese Beschränkung auf den Stellionat verkehrt angewendet wird, weil dieser auf einer ausgezeichneten Arglist beruht. Er beruht ferner auf allen in unserem Corpus iuris angeführten Beispielen der actio doli sowohl, als des Stellionats, unter welchen man keine Verletzung von unschätzbaren Interessen auftreiben wird. Den einzigen Zweifel, welchen das si quis imposturam fecerit vel collusionem in necem alterius erregen könnte, widerlegt die von Brissonius, Ducker und Heineccius unwidersprechlich nachgewiesene Bedeutung dieser bei Ulpian oft vorkommenden Redensart. Vergl. die hallische Ausgabe des Brissonius von Heineccius und Böhmer.

mehr den den gemeinen Frieden brechenden gewaltthätigen Handlungen nähert, eben weil das im Gegensatze des Betruges als absolute Nichtigkeit erscheinende Unrecht durch keine Einwilligung heilbar ist und kein Mensch über seinen bürgerlichen Stand weder zu seinem Vortheil, noch zu seinem Nachtheil verfügen darf, so wenig er sich causam possessionis zu verändern im Stande ist. Die Strafe, wie beim Betrug, nach dem Schatzwerthe des verletzten Interesses zu bemessen, wäre viel zu relativ, da mich freilich der Umstand, ob ich Conz für Benz genannt werde, um eine reiche Erbschaft, Stipendien und Unterstützungen bringen kann, aber auch in dieser Beziehung vielleicht sehr gleichgiltig ist, wenn ich mich in dem einen wie in dem anderen Falle mit meiner Hände Arbeit durchbringen muß. Da aber der gemeinste Mensch sich an sich gegen den Gedanken empört, daß er um seinen rechten Vater und um seine Familie gebracht werden soll, so sind hier durchgreifende Bestimmungen nothwendig, wobei die mittelbaren Interessen als secundär erscheinen, besonders da mehr oder weniger auch die Rechte dritter Personen befangen sind, denen seine Zufriedenheit nichts schadet, so wie sein verbesserter Zustand mit dem Aufkommen sich rückwärts um so schmälicher vernichtet, je höher er dadurch gehoben wurde. Faßt man den Betrug so weit, so muß man auch die Amtserschleichung hineinziehen, weil auf diese Weise sich Jemand als öffentlicher Diener gerirt, der es auf diesem Wege in der That nicht geworden ist, noch werden konnte, und da macht sich die specifische Differenz sogleich fühlbar dadurch, daß derjenige, welcher das Amt durch Ernennung oder Wahl vergibt, nur in so weit berechtigt ist, als er nach Ueberzeugung und Gewissen dazu verpflichtet ist, und also am meisten fehlt, wenn er sich bestechen läßt, während derjenige, der diesen Aufwand macht, sich für den vollkommen tüchtigen Mann halten kann, und vielleicht nur durch seinen Ehrgeiz angetrieben wird, welcher sehr gegen jene Niederträchtigkeit absticht, welche wir schon mit dem Worte Betrug zu verbinden gewohnt sind. Man denke nur an die Art, wie die größten Staatsmänner Englands in das Parlament gelangt sind. Das Gleiche gilt von der Erschleichung des nicht minder unschätzbaren Ortsbürgerrechtes, dessen Ertheilung von jeher für mehr als eine res merae facultatis angesehen wurde, so daß im alten Teutschland sogar die Reichsgerichte Einsicht haben durften, wenn die reichsstädtischen Magistrate in dessen Verweigerung gegen gehörig legitimirte Personen zu zähe waren. Ein verarmter Ortsbürger kann freilich mit seiner Familie einer Gemeinde sehr zur Last fallen und vieles Geld kosten. Aber wenn ein Professionist, der sein Handwerk versteht, wie es häufig geschieht, über das nach den Statuten erforderliche Vermögen falsche Angaben gemacht hat, so möchte ich doch Bedenken tragen, ihn für überführt anzunehmen, daß diese entfernte Folge schon in seiner Intention gelegen, da die Erfahrung lehrt, daß ein tüchtiger Gewerbsmann durch Fleiß und Sparsamkeit mit den Seinigen sich viel besser durchbringt, als Mancher mit dem erforderlichen Vermögen ohne jene Eigenschaften. Es ist unnöthig, diese Betrachtungen noch weiter auszuspinnen und auf diejenigen anzuwenden, welche mit falschen oder fremden Pässen reisen, obrigkeitliche Verfügungen durch falsches Vorbringen extrahiren ꝛc. Es leuchtet ein, daß die Gesetz-

gebung alle diejenigen Täuschungen, wodurch das öffentliche Recht oder unschätzbare Interessen verletzt werden, unter eigenen Gesichtspunkten und nach ihren verschiedenen Richtungen als besondere Verbrechen auffassen muß, durch deren ausgeprägten Thatbestand sich die Anwendung des dolus auf die erste und allgemeinste Bedeutung reducirt. In dieser Specification thun es die heutigen Strafgesetzbücher dem römischen Rechte zuvor, dessen Armuth dazu nöthigte, dergleichen durch die mangelnde Verfügungsgewalt und durch hervorgebrachte unheilbare Nichtigkeiten vom Stellionate ausgeschlossene Verletzungen unter die falsa zu stellen, wie namentlich den partus suppositus, die falschen Zeugnisse, die active Bestechung, die Erschleichung obrigkeitlicher Verfügungen, sogar den Advocaten, der falsche Constitutionen allegirt, den gegen bestimmte positive Vorschriften verfahrenden Richter ꝛc. — Diese Subsumtion ist keineswegs so unnatürlich, als sie uns scheinen könnte, weil auch das Ausstellen und der Gebrauch falscher Urkunden, so wie die Aenderung und Entziehung ächter, als für sich bestehendes Verbrechen gegen das vollkommene Recht auf unsere von Schriftbeweisen abhängige oder darauf beruhende Sicherheit zunächst einen Schaden anrichtet, der sich wohl beweisen, aber nicht schätzen läßt. Denn die falsche Urkunde wird häufig noch vielfältig angefochten oder durch Gegenbeweise entkräftet, und eben so die verlorene Urkunde, womit das Recht nicht erlöscht, durch andere Beweise ersetzt werden. Aber die Ungewißheit des Erfolges hindert nicht die Gewißheit einer schon gegenwärtigen Verletzung des unschätzbaren Interesses, ja unveräußerlichen Rechtes eines Jeden, nicht mit Waffen angegriffen zu werden, die er nur selbst gegen sich ausliefern konnte. Auch läßt sich in der reicheren Mannigfaltigkeit unserer modernen Gesetzbücher in der Specificirung der Verbrechen die Schattenseite nicht verkennen, daß uns doch auch ungewöhnliche Fälle begegnen, in welchen nicht bedachte strafwürdige Handlungen der verdienten Strafe entgehen dürften, wie namentlich der, wenn Jemand ein ihren Liebhaber erwartendes Mädchen im Dunkeln überrascht und beschläft, vorausgesetzt, daß unter den Fleischesverbrechen der insidiose Beischlaf nicht besonders hervorgehoben ist, welcher übrigens auch im römischen Rechte unter den delictis extraordinariis figurirt.

Diese in unseren Lehrbüchern nicht immer sorgfältig genug gesonderten Bedeutungen bedurften einer ausführlicheren Entwickelung, weil man ohne Reflexion auf ihre Beziehungen sich in unseren Rechtsquellen nicht gehörig zurechtfinden wird, zugleich aber auch um über den dadurch vorbereiteten Vorwurf des gegenwärtigen Artikels nähere Rechenschaft zu geben. Der dolus in seiner engsten Bedeutung hat nämlich in diesem encyclopädischen Werke unter dem Worte Betrug eine mit verdientem Beifall aufgenommene erschöpfende Bearbeitung gefunden. Es wird also hier die hauptsächlich für das Strafrecht interessante weitere Bedeutung, welche in dem Artikel Culpa schon vielfältig berührt worden ist, vorzüglich zu behandeln sein[9]).

---

9) Die Literatur ist auch über diesen Stoff sehr reich. Wir begnügen uns mit der neueren. Grolman, in der Bibliothek des p. Rechtes, Th. 1, St. 1,

Ueber den charakteristischen Unterschied des vorsätzlichen von dem blos verschuldeten Verbrechen haben sich die Juristen vielfältig versucht, und sind, obgleich in der Sache einverstanden, über die Definition bis jetzt nicht recht einig geworden. Die älteren begnügten sich, den dolus als propositum nocendi zu bezeichnen. Dagegen wendet man ein, daß diese Absicht bei vielen Verbrechen gar nicht denkbar sei, z. B. bei manchen Staatsverbrechen, bei vielen Arten der Unzucht, wo der Thäter nur an die Befriedigung seiner thierischen Lust, nicht aber an irgend eine Schadenszufügung denke. Selbst bei Eigenthumsbeeinträchtigungen durch Diebstahl ꝛc. sei die Schadenszufügung nicht die Hauptabsicht, sondern diese suche den eigenen Vortheil. Selbst in jenen Verbrechen, wo die Absicht zu schaden in der Regel eintritt, werde die That als vorsätzlich zugerechnet, wenn auch diese Absicht nicht vorhanden sei, wie eine Brandstiftung dessen, der ohne den ihm vielleicht unbekannten Eigenthümer zu hassen, sich an dem ausgebrochenen Feuer nur belustigen wollte. Ja es gebe Verbrechen, wobei der Thäter dem Verletzten eine Wohlthat erzeigen wollte, und die darum nicht minder als vorsätzlich imputirt würden, wie wenn Jemand einem kranken Verwandten auf dem Sterbebette, um ihm die Schmerzen eines langsamen Todes zu ersparen, das Kissen wegzieht, oder eine Mutter ihr Kind umbrachte, damit es nicht verführt werde, oder geradezu in den Himmel komme. So scheinbar diese Einwürfe sind, so läßt sich doch darauf antworten, daß moralische Begriffe überhaupt keine so scharfen Grenzen haben, um darüber strenge, ohne Reflexion brauchbare Definitionen aufzustellen, und daß man billig erst hätte fragen sollen, was man im Sinne jener Definition eigentlich unter Schaden zu verstehen habe, ob darunter gerade ein blos materieller und pecuniärer gemeint sei. Ihre Erfinder und Vertheidiger haben das neminem laede in dem umfassenden Sinne des zweiten der drei praecepta iuris, folglich jede Verletzung irgend eines Gutes oder Interesses, dessen sich die von einem sittlichen und religiösen Elemente nicht zu entblößende Rechtsordnung anzunehmen berufen sei, im Auge gehabt. Damit scheine gerade das radicale Böse in jener Willensstimmung getroffen, welcher das Strafgesetz begeg-

---

Nr. 1; St. 3, Nr. 3. — Klein, vom Unterschiede zwischen dolus und culpa; im alten Archiv, Bd. 1, Nr. 10, Bd. 2, S. 216 flg. — Feuerbach, Revision, Th. 1, Cap. 11. — Dessen Betrachtungen über dolus und culpa überhaupt, und den dolus indirectus insbesondere, Bibliothek des p. R., Bd. 2, St. 1, Nr. 5. — Gönner, Revision der Eintheilungen und des Begriffes des dolus. Landsh. 1810. — A. Rosendael, de dolo in delictis. Lugdun. 1817. — Mittermaier, im neuen Archiv des C.-R., Bd. 2, S. 516 flg. — v. Weber, über die verschiedenen Arten des dolus, Bd. 7, S. 549 flg. — Kleinschrod, in demselben Archive, Bd. 6, Nr. 2. — Oersted, Grundregeln der Gesetzgebung, S. 228 flg. — Roßhirt, einige Bemerkungen zur Lehre vom dolus; Cr.-Archiv, Bd. 8, S. 369 flg. — C. L. Michelet, de doli et culpae in iure crim. notionibus. Berol. 1824. — R. Winsinger, quaenam sit differentia inter delicta dolosa et culposa. Brux. 1824. — Kitka, Crim.-Archiv, zweite Folge, Jahrgang 1835, S. 219 flg.; worüber zu vergleichen Birnbaum, ebendaselbst, Jahrgang 1837, S. 276 flg., und Fortsetzung S. 374 flg.

nen mußte, da dieses in der Regel nur solche Handlungen als Verbrechen bezeichnen werde, deren Strafwürdigkeit und Rechtswidrigkeit schon dem natürlichen Rechtsgefühle und dem ungebildeten Verstande einleuchte, wie denn überhaupt das Gesetz um des Menschen willen und nicht der Mensch um des Gesetzes willen gemacht sei. Auch im Gebiete der Strafjustiz gebe es freilich iura singularia, durch minder evidente politische oder polizeiliche Rücksichten dictirt, aber bei diesen werde auch auf der einen Seite eine Art von blinder Gerechtigkeit durchgreifen müssen, ohne Dolus und Culpa zu unterscheiden, und auf der anderen Seite seien solche politische und polizeiliche Verordnungen diejenigen, wobei man die Entschuldigung mit der Rechtsunwissenheit unter Umständen zuzulassen geneigt sein werde, wenn der dem Gesetz Verfallene weder Anlaß, noch Gelegenheit gehabt habe, sich darnach zu erkundigen. Diese nähere Verständigung vorausgesetzt, fallen die übrigen Einwürfe, größtentheils als zu weit hergeholt und unwahr, von selbst. Denn sie gehen darauf hinaus, die Absicht mit dem Beweggrunde zu verwechseln, und jene lediglich nach dem egoistischen Elemente zu bestimmen, welches sich freilich von der freiesten Handlung nie scheiden läßt, soll diese als die Handlung eines wirklichen Menschen begriffen werden, aber eben so wenig von ihrer moralischen Beziehung zu trennen ist, so gewiß dieses wirkliche Wesen mehr als ein Thier, und zugleich ein freies und vernünftiges Wesen ist. So gewiß er in dieser Eigenschaft nur nach Maximen zu handeln vermag, so gewiß liegt in jeder ernsthaften Intention eine diese doppelte Natur abspiegelnde Mischung. Ihre Verkehrtheit liegt freilich nicht darin, daß er seinen egoistischen Trieb befriedigt, der an sich unschuldig, auf dem Isolirungsschemel auch seine Handlung als unschuldig darstellen würde. Sie besteht darin, daß dieses mit Unterdrückung des ihm nicht minder eingefleischten ethischen Triebes geschieht, der ihn zum Recht und zur Wahrheit beruft, welcher jeder Beförderung des eigenen Vortheiles mit dem Schaden Anderer, die gleiches Recht haben, widerstrebt, und dessen Ueberwindung eine um so größere Stärke des bösen Willens zeigt und erfordert, je frivoler die Lust ist und je weniger der Vortheil mit dem Schaden in einem Verhältnisse steht, wie es bei Nero der Fall gewesen, der Rom angezündet haben soll, blos um das Schauspiel des brennenden Troja zu genießen. Es wird also denen, die sich mit der obigen Definition behelfen zu dürfen geglaubt haben, keine geringe Sottise aufgebürdet, als hätten sie unter Absicht, zu schaden, nur die seltene Teufelei verstanden, welche den Schaden Anderer aus unmittelbarem Wohlgefallen bestrebt, da doch schon die Worte des Seneca gewiß auf den gewöhnlichen Schlag zutreffen: nec quisquam tantum a naturali lege descivit et hominem exuit, ut animi causa malus sit. — Omnes enim cum minima peccata cum causa suscipiunt, tum vero illa, quae multo maxima sunt maleficia, aliquo certo émolumento ducti suscipere conantur. Eine solche Polemik dürfen sie als gewissermaßen dolos abweisen, da man sich anstellt, als ob das Böse minder frei sei, als das Gute, oder dem Menschen eine geringere Anstrengung koste, da doch gerade die zum Ziele nöthige Spannung dasjenige ausmacht, was man Absicht oder Intention nennt. Beachtungswer-

ther ist der Mittermaier'sche Einwurf, daß eine wohlwollende Absicht das Verbrechen nicht unvorsätzlich oder unfreiwillig mache. Allein diese Thesis kann man unbedingt nur in so weit zugeben, als sie, wie bei dem Schuster Crispin, blos für Dritte wohlwollend ist, deren Vortheil man den Nachtheil des Beschädigten so wenig unterordnen darf, als den eigenen. Ist sie für den Beschädigten selbst wohlwollend, so ist sie allerdings als die Verkehrtheit einer tölpischen Freundschaft, oder als aufgedrungene Wohlthat der seltsamsten Art in der Regel verwerflich, da man sich ein Entscheidungsrecht herausnimmt, was in keinem Falle uns gebührt, und wird nicht leicht Glauben verdienen, wie man z. B. bei dem, welcher dem kranken Verwandten das Kissen wegzieht, um ihm die Todesqualen abzukürzen, geneigter sein wird, anzunehmen, daß es darum geschah, weil ihn die schuldige Pflege verleidete. Allein wenn ungewöhnliche Umstände den Mißklang einer solchen freundlichen Uebereilung entfernen, wie wenn ein Soldat seinem schwer verwundeten Cameraden auf dem Schlachtfelde auf sein Verlangen den Rest gibt, damit er nicht noch von Kosaken mißhandelt, von Pferden zertreten werde, so wird man doch an der Erheblichkeit dieser Entschuldigung nicht zweifeln. Mittermaier selbst sagt am Ende[10]): Alle Merkmale des dolus sind vorhanden, nur liegt ein Irrthum zu Grunde, der nur die Strafwürdigkeit herabsetzen, aber die dolose Natur des Verbrechens nicht aufheben kann. Er scheint also doch einen solchen Reflexionsfehler, wenn er nicht, wie bei der Mutter Klein's, welche in ihrer, kein gesundes Gefühl bestechenden und die atrocitas facti so wenig als religiöse Schwärmerei beschönigenden, Sentimentalität den biblischen Spruch: non facienda mala, ut eveniant bona, vergaß, unverzeihlich ist, den Werth eines außerordentlichen Milderungsgrundes beizulegen, und dann läuft die Sache bei dem unmerklichen Uebergange des dolus in die culpa lata auf einen bloßen Wortstreit hinaus[11]). Es ist nicht zu bestreiten, daß zum Wesen des ersteren eine feindselige Absicht, nur um so schlimmer, wenn sie sich hinter Prätexten versteckt, gehört, wie in jedem Verbrechen irgend ein Bruch des allgemeinen Bürgerfriedens liegt. Unser gemeines Recht ist hier so wenig entgegen, daß es ausnahmsweise das, was aus bloßem Mitleid oder verzeihlicher Begünstigung Anderer geschah, in manchen, freilich sehr cum grano salis zu verstehenden Fällen, nur als culpa lata würdigt[12]).

Unter den neueren Definitionen verdient die des unvergeßlichen

---

10) Neues Cr.-Arch., Bd. 2, S. 527, 528.

11) Er selbst bemerkt im Cr.-Archiv, Bd. 8, S. 350, sehr richtig: Noch immer hält man dolus und culpa für zwei scharf von einander zu trennende Zustände, und fragt ängstlich in jedem Falle, ob die That mit dolus oder culpa verübt sei, ohne zu erwägen, daß in vielen Fällen beide in einander fließen, so daß unendlich viele Abstufungen der Willensbestimmung denkbar sind. — Auch v. Weber, Bd. 7, S. 573. Doch darf auch dieß nicht vom Begriffe, sondern nur von der Anwendung verstanden werden.

12) Vergl. Hasse, die culpa des römischen Rechtes, 2. Aufl., S. 75. Roßhirt hat kein Bedenken getragen, dieses auch strafrechtlich anzuwenden.

Feuerbach [13]) genauer besprochen zu werden, der dolus sei „eine Bestimmung des Willens (Begehrungsvermögens) zu einer Rechtsverletzung als Zweck, mit dem Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit des Begehrens." Sie ist in das bayersche Strafgesetzbuch von 1813 (Art. 36) mit einer die bloße Wortfassung betreffenden Abänderung übergegangen. „Mit rechtswidrigem Vorsatze wird ein Verbrechen begangen, wenn eine Person die Hervorbringung des aus ihrer Handlung entstehenden Verbrechens sich als Zweck und Absicht dieser ihrer Handlung vorgesetzt hat, und sich dabei der Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit dieses Entschlusses bewußt gewesen." Auch diese Erklärung hat vielfache Anfechtungen erfahren. Bei dem gar zu spitzfindigen Argumente, welches die Einschaltung des Wortes Begehrungsvermögen bemäkelt, und dafür Strebungsvermögen gesetzt haben will, halten wir uns nicht auf, da unter Begehrungsvermögen ein anerkannter Sprachgebrauch nichts Anderes, als den Gegensatz des Vorstellungsvermögens, und zwar in specie gerade das Bestreben versteht, durch seine dem Object vorausgehende Vorstellung Ursache des Vorgestellten zu werden. Irgend ein Bestreben zu handeln ist ja gerade das, was den ernsten Willen vom bloßen Wunsche und der Neigung unterscheidet. Scheinbarer ist der Einwand, daß namentlich die Feuerbach'sche Definition schon dadurch zu enge werde, daß sie eine Rechtsverletzung voraussetze, da doch längst anerkannt sei, daß in dem Codex auch solche, die Sittlichkeit untergrabende Handlungen den Verbrechen angereiht werden müssen, bei denen, wie z. B. bei der Bestialität, von einer Rechtsverletzung keine Rede sein könne. Allein ein Mann wie er, konnte dieses Wort unmöglich in dem engeren Sinne nehmen: welche zunächst oder allein ein beschädigtes Individuum zur Rüge berechtigt. Ihm konnte es nicht entgehen, daß die sogenannten Privatverbrechen, welche nur auf Klage verfolgt werden dürfen, zur Ausnahme von der Regel gehören, daß das wahre Verbrechen, auch wenn es ein Rechtsverbrechen ist, nicht blos den Beschädigten, sondern das Publicum und das Staatsganze beleidigt, und die Reaction einer öffentlichen Genugthuung herausfordert, welche Jeder im Volke durch Anzeige zu sollicitiren berechtigt, und wozu Jeder als aufgerufener Zeuge mitzuwirken verpflichtet ist. Um so näher liegt es, daß wenn der Staat gewisse Handlungen rein im Interesse der öffentlichen Moral, Ordnung und Sicherheit bei Strafe zu verbieten das Recht hat, es auch Verbrechen gibt, ohne daß das Recht eines Privaten oder bestimmten Individuums verletzt zu werden braucht. Ohne Zweifel hat er durch die Substituirung des Wortes Rechtsverletzung, an der Stelle des gewöhnlichen Merkmales Schaden, das letztere nur erweitern wollen, ohne sich einfallen zu lassen, daß er neue Mißverständnisse erregen werde. Die weiteren Einwürfe gegen die Worte Zweck und Absicht des Verbrechers sind dieselben, welche schon vorhin beleuchtet wurden, und schweifen dadurch ab, daß sie, einer längst anerkannten Schuldistinction zuwider, den nächsten mit dem entfernten Zwecke, den Zweck mit dem Endzwecke vermischen. „Der A stiehlt, jedoch nicht um zu stehlen, sondern um seine Schulden zu bezahlen; er

13) Peinliches Recht §. 54.

raubt, jedoch nicht um zu rauben, sondern um mit dem geraubten Gute seinem armen Vater zu helfen. Der A hat also bei seiner Thatunternehmung einen ganz anderen Zweck, eine ganz andere Absicht, als daß damit der Diebstahl, der Raub zur Existenz (!) komme" [14]). Wenn man so raisonnirt, so geräth man am Ende auf einen progressus in infinitum, welcher alle nach dem Grundsatze: causa solitaria non iuvat, zu Erklärung bestimmter Handlungen allein dienlichen wirklichen Zwecke, welche immer die nächsten sind, zuletzt in den formellen auflöst, der als bloße Idee in alle Einheit bringt. Der Fromme will sich Gott gefällig machen und die ewige Seligkeit verdienen, aber wäre es wohl mit der müßigen Sehnsucht nach dem Himmel gethan, und ist es darum nichts und will es nicht geübt und gelernt sein, daß er sich als gefälliger und friedlicher Nachbar beträgt, seine Kinder gut erzieht, sich der Armen und Nothleidenden gehörig annimmt ꝛc.? So wird auch der A durch das noch so lebhafte Anliegen, seine Schulden zu bezahlen, oder seinem armen Vater zu helfen, noch nicht zum Verbrecher, sondern je nachdem sich dasselbe specifisch bethätigt und entweder einen redlichen Erwerbzweig oder fremdes Eigenthum ergreift, bleibt er ein ehrlicher Mann, oder wird zum Diebe oder Räuber. — Triftiger scheint die Erinnerung, daß das Merkmal „des Bewußtseins der Gesetzwidrigkeit seines Begehrens" ein überflüssiges sei (was auch v. Grolman, C.R.W. §. 46, weggelassen hat), weil es schon aus dem Vorangesagten von selbst folge, und gewissermaßen mit der Bestimmung des bayerschen Strafgesetzbuches: „daß die Meinung, was unter bürgerlicher Strafe verboten ist, sei nach dem Gewissen oder der Religion erlaubt, — den rechtswidrigen Vorsatz nicht ausschließe," im Contraste stehe. Indessen nehmen wir Anstand, auch nur diesem Tadel beizustimmen [15]). Die Willensbestimmung zu einer Rechtsverletzung als Zweck schließt das Bewußtsein ihrer Rechtswidrigkeit nicht nothwendig in sich, und gleichwohl gehört diese zum dolus, weil das vorsetzliche Verbrechen nicht blos in der Erscheinung sich rechtswidrig darstellen, sondern auch aus einem gleich bösen Willen entspringen soll. Abgesehen von dem Extrem, daß er die Rechtsverletzung dem Schutze seines eigenen Rechtes schuldig gewesen sein konnte, daß er sich in einem Nothstande, oder in Verrücktheit befand, kann er ja in einem Irrthume gehandelt haben, ohne zu wissen, was er verbrach. Eine andere Frage ist dann die, welcher Irrthum ihn entschuldigt. Der Rechtsirrthum freilich nicht, weil dieser keinen Glauben verdient, und weil wir von jedem in der bürgerlichen

14) Kitka, im Crim.-Archiv, Jahrgang 1835, S. 227.

15) Wir wagen es um so weniger, da die angesehensten Criminalisten auf ihrem Standpunkte darauf zurückkommen. Vgl. Kleinschrod, system. Entw., §. 14; Klein, Grundsz. des peinlichen Rechtes, §. 119; Martin, §. 34: Dolus ist der Entschluß, einem Zwecke nachzustreben, welcher an und für sich oder um seiner Folgen willen strafbar und dem Menschen zur Zeit seines Entschlusses (nicht auch zur Zeit der Ausführung?) in dieser Eigenschaft bekannt war. Abegg, §. 83: Dolus ist der Entschluß zur Hervorbringung eines als gesetzwidrig erkannten Erfolges. Auch in unseren Rechtsquellen ist das sciens nicht selten dem dolo malo noch vorgesetzt, und Hasse hat sogar, freilich zu einseitig, in das wissentliche Schaden das Hauptmerkmal gelegt.

Gemeinschaft mit uns Aufgewachsenen die Unterscheidung dessen, was in ihr als Recht oder Unrecht angesehen wird, nothwendig voraussetzen müssen, um ihn als unseres Gleichen und als Genossen aller Vortheile dieser bürgerlichen Gemeinschaft zu achten und anzuerkennen. Aber er kann auch in einem Thatirrthum gefehlt haben, wie derjenige, welcher seine fremden Leuten untergeschobene Schwester unter fremdem Namen heurathet, wie Kitka a. a. O. selbst anführt. Dann ist seine That objectiv ein indispensabeler Incest und seine Ehe nichtig, er aber kein Verbrecher. Wir lassen hierbei die subtilere Frage an ihren Ort gestellt, ob nicht eine an sich nicht verwerfliche oder doch minder strafbare Maxime des Handelnden das Bewußtsein des wirklich verübten Verbrechens so verdunkeln konnte, daß ihm dieses Unrecht mindestens nicht als dolos, sondern nur ein geringeres Verbrechen zugerechnet werden kann. Schon so bestehen aber die in das bayersche Gesetzbuch aufgenommene Definition und die erwähnte spätere Bestimmung neben einander, ohne daß die letztere der ersteren derogirt. Der am schwersten zu entfernende Tadel dürfte der sein, daß die Definition nur auf den bestimmten dolus, weniger auf den unbestimmten und eventuellen paßt, und Handlungen des Affectes auszuschließen scheint.

Es verlohnt sich nicht, bei manchen anderen über unseren subtilen Begriff versuchten Definitionen sich weiter aufzuhalten. Sie sind Variationen über dasselbe Grundthema. Die kürzeste und bündigste scheint die Mittermaier'sche, welche den dolus als den Entschluß zu einer als strafbar erkannten Handlung bezeichnet, und im Wesentlichen mit der oben angeführten Martin'schen und Abegg'schen und der des hannöverschen Entwurfes übereinkommt. Die Erklärung des allgemeinen Landrechtes für die preußischen Staaten (Th. II, Tit. 20, §. 26): „Wer absichtlich etwas thut oder unterläßt, wodurch Jemand gegen die Vorschrift dieses Gesetzbuches beleidigt wird, der begeht ein vorsetzliches Verbrechen;" ist freilich nicht klärer, als das Definitum und zu enge, und auch die Definition des österreichischen Gesetzbuches vom J. 1803, §. 1: „Böser Vorsatz fällt zur Schuld, wenn vor oder bei der Unternehmung oder Unterlassung, das mit dem Verbrechen verbundene Uebel bedacht und beschlossen worden ist," unterliegt den von Birnbaum (a. a. O.) entwickelten Bedenken, und scheint insbesondere sowohl Handlungen des Affectes auszuschließen, als auf solche vorsetzliche Handlungen nicht gut anwendbar, welche blos um ihrer nicht sofort in die Augen fallenden entfernten Folgen, ihrer Gefährlichkeit oder um des Mißbrauches willen verboten sind. Am meisten bedürfen diejenigen Gesetzbücher und Schriftsteller der Berichtigung und Einlenkung, die den Willen, das zu thun, was durch das Gesetz verboten ist, in allen Fällen gleichmäßig zum bösen Vorsatz zugerechnet haben wollen, oder den dolus als bestimmten Willen, das Gesetz zu übertreten, definiren, obgleich ihnen das sehr richtige Gefühl zu Grunde liegt, daß das Specificum des dolus zuletzt in der schlimmen Maxime des Handelnden, und in dem daraus entspringenden Triebe zur Widerrechtlichkeit wurzelt[16]).

16) Vergl. Birnbaum a. a. O. S. 508, und Kitka a. a. O. S. 223.

Da nun das ernstlichste Bestreben, das Richtige zu treffen, so abweichende Begriffsbestimmungen hervorgebracht hat, und jede derselben in Beziehung auf die sich dagegen erhebenden Anfechtungen gleichsam aus der Charybdis in die Scylla gefallen scheint, so hat sich in neueren Zeiten ein decidirter Skepticimus geltend gemacht, daß man alle diese Versuche, als vergeblich, aufgeben müsse, weil jener Begriff seinem inneren Wesen nach so einfach und in seiner Anwendung auf den besonderen Fall so mannigfach sei, daß er sich gar nicht definiren lasse. So scheinbar dieser Skepticimus aufgestutzt worden ist, so müßte sich doch die Wissenschaft selbst aufgeben, wenn man ihn für die Doctrin verstehen wollte, und auch für die Gesetzgebung dürfte hier das französische Sprüchwort anwendbar sein: heurathe oder heurathe nicht, es wird dich Beides gereuen. Mag sie auch die allgemeine Definition vermeiden, so wird sie doch nicht umhin können, die erheblichsten Controversen zu entscheiden, welche über die Anwendung des Begriffes entstanden sind. Nichts ist einfacher und zugleich mannichfaltiger als der Begriff des Besitzes, dessen Erwerb und Verlust sich formell stets gleich bleibt, und doch materiell sehr verschieden ist, wenn wir z. B. den abgeleiteten Erwerb des Käufers, Pächters ꝛc. mit dem einseitigen des Jägers, Schatzgräbers oder gar dem blos factischen eines Diebes vergleichen. Darum ermangelt unser Corpus iuris darüber weder einer allgemeinen Bestimmung, noch einer dieselbe entwickelnden detaillirten Anwendung, welche zugleich außer Zweifel setzt, daß es keineswegs zu den gemachten Begriffen gehört, welche die Willkür des Gesetzgebers aus politischen Rücksichten so oder anders zu bestimmen vermochte. Der Unterschied zwischen vorsetzlichen und unvorsetzlichen Verbrechen gehört allerdings, wie Alles, was sich auf Zurechnung und Auslegung bezieht, dem philosophischen, dem wissenschaftlichen Elemente des Strafrechtes an, welches der Gesetzgeber in seiner natürlichen Freiheit und Entwickelung nicht stören darf, und nur so weit zu beherrschen im Stande ist, als er dasselbe zu leiten versteht. Er widerstrebt so sehr einer jeden Dictatur, daß sich darüber allerdings keine gesetzlich bindenden Vorschriften, aber doch leitende Grundsätze aufstellen lassen, welche in ihrer mehr oder minder gelungenen Fassung stets eine unwillkürliche Beziehung auf ein unaussprechliches Allgemeine behalten werden, aus dem sie geschöpft wurden, so daß sie nach der L. 1. D. de Reg. I. über ihre Grenzen hinaus ihre Wirksamkeit verlieren, weil das hier vom Thatsächlichen unzertrennliche Recht sich nur in dem Verhältnisse der Regel bequemt, als diese aus dem Rechte selbst gebildet wurde. Eine Hauptschwierigkeit, welche der Aufstellung einer umfassenden Definition entgegentritt, scheint allerdings darin zu liegen, daß viele Verbrechen eine eigenthümliche Beschaffenheit des rechtswidrigen Willens erfordern. So gehört zum Morde Vorbedacht, zum vorsetzlichen Todschlag ein im Affecte gefaßter und ausgeführter Entschluß, und beide begnügen sich nicht mit einer feindseligen Mißhandlung, wenn sie nicht zugleich den animus occidendi einschließt. Zum Diebstahl gehört animus lucrifaciendi, zum Hochverrathe animus hostilis. Allein so gewiß der Begriff und das Wort Baum in der Sprache und in der Entwickelung des menschlichen Verstandes älter sind, als die Begriffe und

Worte Eiche, Buche, Linde ꝛc., obgleich nur die letzteren Species in der Wirklichkeit existiren, so entspricht auch der dolus einem allgemeinen Thatbestande der Verbrechen, während jene eigenthümlichen Beschaffenheiten zum besonderen Thatbestande einzelner Verbrechen gehören, dem sich freilich der Gattungsbegriff anschmiegen und so deren Farbe annehmen muß. Solche Vervielfältigungen des dolus liefert uns auch das Corpus iuris in civilistischer Hinsicht in Menge, die darum doch einem Stamme angehören, z. B. dolus est, si quis nolit persequi, quod persequi potest, si quis id, quod potest restituere, non restituit, qui ex aliena iactura lucrum quaerit, qui petit, quod redditurus est, qui imperio magistratus non paruit etc. Weder der Gesetzgeber, noch der Rechtslehrer braucht sich daher durch die Besorgniß abschrecken zu lassen, seine Aufgabe nicht zur Zufriedenheit jedes Grüblers zu erschöpfen. Dem Ersteren genügt, wenn seine Definition nur gemeiniglich zutrifft, womit die Ausnahmen, welche jede Regel leidet, nicht ausgeschlossen sind, und ein höheres Bestreben wird nicht nur der Gemeinverständlichkeit Eintrag thun, sondern auch die Buchstabenmenschen am leichtesten zu Mißgriffen führen. An schärferen Bestimmungen mag sich der Rechtsgelehrte versuchen, und daß wir schon mehrere Definitionen haben, mit denen man sich für den Hausbedarf wohl begnügen kann, hoffen wir gegen die aufgeworfenen, zum Theil zu weit getriebenen, Zweifel gezeigt zu haben.

Uns scheint die ältere, welche den dolus als propositum nocendi oder laedendi, definirte, noch immer diejenige, welche dem gesunden Menschenverstande am meisten einleuchtet und mit der in Beziehung auf das Wort Schaden freilich gebotenen Erweiterung auch eine tiefere Forschung befriedigt. Die Feuerbach'sche, obgleich nicht minder wahr und scheinbar schulgerechter, sagt doch einem leidigen Gesetzrigorismus zu sehr zu und verliert das prius aus den Augen, was den Gesetzgeber zu dem Strafgesetz bestimmt hat, und dem durch das Strafgesetz begegnet werden sollte, wenn es gleich wahr ist, daß der Richter die schädlichste und gefährlichste Handlung nicht strafen darf, bevor sie ein Gesetz für ein Verbrechen erklärt hat. Letzteres hat nur die Folge, daß man mit Bauer sagen muß, die an sich dolose Handlung ist zwar strafwürdig, aber nicht strafbar. Das Verbrechen überhaupt liegt in der Verletzung oder Gefährdung irgend eines in der Rechtsordnung geschützten Gutes. Dieses ist ein sinnliches Factum, das zwar zuweilen nur circumstantiell oder künstlich zu erheben ist, aber doch auch in der Handlung selbst oder in ihrem Erfolge durch Zeugen oder durch richterlichen Augenschein im engeren Sinne bewiesen werden konnte. Mehr als diese in die Sinne fallende Erscheinung gehört nicht zum Thatbestande des Verbrechens, welcher (En vestigium hominis) auf einen zugleich physischen und freien Urheber hinweist und der sicheren Erforschung des Thäters, wo nicht vorausgehen, doch dieselbe begleiten muß[17]). Er bezieht sich auf eine Begehungsart, welche keiner bloßen Naturursache zu-

17) So habe ich das, was man Thatbestand im eigentlichen Sinne nennt, schon zu bezeichnen versucht in meiner Schrift: über Majestätsverbrechen und Hochverrath (Stuttgart 1836), S. 57 u. 58.

geschrieben werden kann, und daher in der L. 5. §. 2. D. ad leg. Aqu. dem si quadrupes damnum dederit, vel tegula ceciderit, entgegengesetzt wird. Die Beziehung auf einen zurechnungsfähigen Urheber ist zwar nicht davon zu scheiden, daher in derselben Stelle die im voraus gewisse Wirkung eines Rasenden, eines Kindes, eines zur Unterscheidung noch nicht gereiften impubes diesen zufälligen Ereignissen eines damnum fatale gleichgestellt wird. Aber dieses Vorurtheil ist gewöhnlich nur ein problematisches [18]), und muß jedenfalls für den Zweck der Verurtheilung die Frage, ob die Handlung dolo oder blos culpa geschehen war, noch an ihren Ort gestellt lassen, welche im Gegensatze eines eigentlichen Beweises nur auf ein rechtsgiltiges Bekenntniß oder durch Indicien entschieden werden kann, und daher ein Verfahren gegen den Angeschuldigten voraussetzt. Dolo ist sie verübt, wenn der in die That ausgebrochene Wille in Opposition gegen die durch das Strafgesetz geschützte Rechtsordnung auf die Verletzung oder Gefährdung eines solchen Gutes gerichtet war, was nur möglich ist, wenn er sich derselben als gewisser oder wahrscheinlicher Wirkung seiner Handlung bewußt war. Daher gehört zum dolus Beides: Wissen und Wollen, jedoch so, daß die erkannte Gewißheit des Erfolges, mit dem Wollen zusammentrifft, die Ungewißheit des bewirkten Erfolges aber den dolus nicht ausschließt, wenn der Erfolg nur möglich war und wirklich bezweckt wurde, wie bei demjenigen, der seinen Gegner wegen zu weiter Entfernung durch einen Bogenschuß noch zu erreichen gedenkt. Ist dagegen der Erfolg zwar ungewiß, aber gar nicht, sondern etwas Anderes gewollt, z. B. er will ihn nur durch die pfeifende Kugel erschrecken, in der Erwartung, ihn nicht zu treffen, so ist bloße culpa vorhanden, und dazu der nicht gewollte schwere Erfolg, neben dem eigentlich bezweckten, nach dem Grade des letzteren zuzurechnen. Unser gemeines Recht begnügt sich jedoch, wie wir schon an einem anderen Orte gezeigt haben, mit diesen beiden Elementen nicht, sondern nimmt den die innere Schlechtigkeit und Stärke des bösen Willens determinirenden Trieb zur Widerrechtlichkeit auf eine Art zu Hilfe, welche diesen hauptsächlich durch das blos eigennützige oder schadenfrohe Motiv sich entblößenden Trieb als das eigentlich Charakteristische des dolus voraussetzt. Auch kann sich nur eine mehr vom Gewöhnlichen, als vom Wesen abstrahirte Dogmatik, und keineswegs die Speculation mit den beiden ersten Merkmalen ohne das dritte, wodurch die Definition erst genetisch wird, befriedigen. Es wurzelt in derjenigen Nothwendigkeit, welche die Speculation mit der regsten Selbstbestimmung cobminirt, weil die dem Willen

18) Auch ein Verrückter kann so hinterlistig und so überlegt gehandelt haben, daß der Zweifel entsteht, ob er nicht in einem lucidum intervallum handelte, worüber sodann dem Arzte das Urtheil gebührt. Dieß ist aber nur bei fortdauernden zweifelhaften Gemüthszuständen praktisch. Denn wenn auch der Schuldige nach dem mit vollem Bewußtsein verübten Verbrechen wahnsinnig wird, so kann er weder prozessirt, noch gestraft werden. Es ist auffallend, daß die Rechtslehrers diesen moralischen Tod, nicht neben dem physischen unter den Tilgungsarten der Verbrechen aufführen. Der Unterschied eines solchen erst nachher eingetretenen Zustandes ist nur von civilrechtlicher Bedeutung.

als innere Eigenschaft nie abzusprechende Freiheit in der dem Causalitätsgesetze unterworfenen Phänomenenwelt verschwunden ist, was aber nur post factum erkennbar wird. Allerdings wird der dolus weder durch das Bewußtsein des gewissen Erfolges, noch durch die Bestimmtheit der Absicht oder Willensrichtung erschöpfend erklärt, wenn wir nicht bis auf diesen tiefer liegenden Grund zurückgehen. Das die Handlung begleitende Bewußtsein der Gewißheit ihrer Wirkung genügt zwar gemeiniglich, den Trieb erkennbar zu machen, weil das entgegenstehende Pflichthinderniß einer Ueberwindung bedarf, folglich ohne Intention die Handlung nicht möglich ist, ohne daß es weiter darauf ankommt, ob nicht der Verbrecher diesen von ihm selbst verwünschten Erfolg, wozu ihn sein Dämon getrieben, gern umgangen hätte, wenn er, wie der nach der Börse lüsterne Raubmörder seinen Endzweck auf andere Weise hätte erreichen können; und wenn Grolman sich des starken Ausdruckes bedient: der höchste Grad der Gleichgiltigkeit gegen den vorausgesehenen Erfolg grenze unmittelbar an den Vorsatz, so hätte er, um Mißverstand zu verhüten, lieber sagen sollen, die culpa gehe hier geradezu in den dolus über, weil die menschliche Natur eine solche Gleichgiltigkeit gar nicht zuläßt. So scharfe Abgrenzungen, gegen die sich auch Mittermaier in der oben angeführten Stelle ausgesprochen hat, hätten unsere Classiker gewiß nicht gut geheißen, und sie führen den wissenschaftlichen Sinn von dem gesunden Menschenverstande ab. Der Satz Grolman's bedarf daher einer näheren Bestimmung, und er hatte unstreitig den freilich nicht seltenen Fall im Auge, wo das Bewußtsein des angerichteten Erfolges durch eine unschuldige oder minder strafbare Absicht so verdunkelt worden ist, daß der Angeschuldigte das darin liegende Uebel ignoriren konnte. Aber gerade diese zweideutigen Fälle sind es, wo nach unserem gemeinen Rechte die Schlechtigkeit des Antriebes das illiquidum der subjectiven Vorstellung des Erfolges und die unbestimmte Absicht zu ergänzen im Stande ist. Um den dolus zu entfernen, muß entweder der Handelnde in einer an sich unschuldigen Absicht über einem bestrebten reellen Gute den Erfolg gar nicht als dieses Unrecht erkannt haben, oder die allein gewisse unvergleichlich minder strafbare Absicht muß mit diesem Erfolge in einem solchen Mißverhältnisse stehen, daß die atrocitas facti der Hypothese widerstrebt, denselben in die Absicht einzuschließen. Das Specificum des dolus liegt zuletzt in der Schlechtigkeit der Maxime des Handelnden, und diese kann sich ohne Gewißheit des Erfolges und bei unbestimmter Absicht vollkommen zeigen. Einmal, wenn der Mensch nach ihr eine Ursache in Bewegung setzt, welche, mit Unheil schwanger, in ihrer Wirksamkeit nicht mehr beherrscht werden kann, weshalb wir die seditio, die Brandstiftungen, die naufragi suppressi etc. auch unter die lex Cornelia gestellt finden; dann, wenn er sich einer leicht in die wildeste Grausamkeit ausschweifenden Leidenschaft überließ. Der Unzüchtige, welcher eine von ihm genothzüchtigte Weibsperson, oder gar ein unmannbares Mädchen so mißhandelt, daß sie das Leben einbüßt, sollte unerbittlich mit dem Tode bestraft werden, sobald er diesen Erfolg nur als wahrscheinlich vorausgesehen hat und voraussehen mußte, wie bei uns der Fall vorgekommen

ist, daß einer sich so gegen eine Schwangere verging, und dadurch zwei Leben auf einmal umbrachte, wahrscheinlich weil er sich dadurch nach einer Volksmeinung von einer Gonorrhoe zu curiren gedachte. Denn welche Stärke des schlechten Triebes gehört dazu, nicht nur die vom Rechte in der Nothwehr Leib und Leben gleichgestellte Keuschheit, sondern auch die Gefahr von Leib und Leben einer solchen Person seiner thierischen Lust unterzuordnen? — Und in der That artet die Humanität in Nervenschwäche aus, wenn man auf das nicht zu bestreitende getrübte Bewußtsein und die ihn nach der That packende Reue eine unverdiente Rücksicht nimmt, statt daß man ihn demjenigen vergleichen sollte, der sich mit geistigen Getränken und mit Belladonna berauscht hat, um ein seiner eigenen Natur widerstrebendes Verbrechen desto rücksichtsloser begehen zu können. Auch das Unternehmen des Schützen, der, um seine Kunst zu zeigen, dem Anderen die Locke streifen wollte, und ihn todt geschossen hat, dürfte über den bloßen Muthwillen hinausgehen, abgesehen davon, daß ein so beschränktes Bekenntniß einer starken Unterstützung bedarf, um nur Glauben zu verdienen. Ein Anderes ist es bei dem Bestohlenen, welcher den flüchtigen Dieb verfolgt, und dem wohl zuzutrauen, daß es ihm nur um das Seine zu thun war, und daß ihm genügt hätte, nur an den Beinen zu verwunden. Eben so bei den Excessen der Nothwehr, des Amtseifers oder des Züchtigungsrechtes. Ferner bei dem Zuschlagen in Raufhändeln, wo nur Realinjurien ausgetauscht werden, die sich in der Hitze des Streites nicht abwägen lassen, besonders wo es ohne mörderische Waffen geschieht. **L. 1. §. 3. D. ad leg. Corn. de sicariis.** Ja, zum Beweise, daß die objective Gewißheit des Erfolges allein nicht entscheidet, selbst beim Gebrauch von Messern, wo der Handelnde, obgleich in selbst herbeigeführter und daher nicht entschuldigter Nothwehr sich nicht mehr anders glaubt helfen zu können, um nicht unterliegen zu müssen, — lauter Handlungen, welche bei einem hinterlistigen Anfalle und nach einer vorbedachten Bewaffnung schon ganz anders gewürdigt werden würden. Auch dem Arzte oder Wundarzte, und seien sie unberechtigte Medicaster, wird man nur **culpa lata** zur Last legen, wenn sie durch eine noch so gewagte heroische Cur oder Operation den Patienten auf den Kirchhof geliefert haben, weil die wohlgemeinte Absicht, den Kranken retten zu wollen, jeden eventuellen **dolus** ausschließt. Im Gegentheil verdammt nach unserem gemeinen Rechte den bewaffneten Dieb, welcher den ihm zu rasch und herzhaft auf den Leib kommenden Bestohlenen erschlug, seine Vorbereitung, die ihn in das Abentheuer verflocht, ohne für sich selbst und jene Begegnung einstehen zu können. Hätte dagegen unser gemeines Recht die zuvor gedachten Fälle dem **dolus** nicht gleichstellen wollen, worauf schon ihre theilweise Stellung unter die Sicarier hinweist, so wäre es darin inconsequent, daß es ja den **impetus**, oder den offenbar gelinderen Fall eines sehr entschuldbaren Affectes in den **dolus** mit einschließt, welcher bei der mangelnden Klarheit des Bewußtseins durch nichts Anderes, als aus den auf Schaden gerichteten Trieb erkannt wird, dem sich der Mensch nicht überlassen soll, weil es in dem Verhältnisse weiter führt, je blinder es geschieht, weßhalb die wohlwollenden Affecte des Mitleids,

der Gefälligkeit und der Freundschaft unter Umständen die bloße Zurechnung zur culpa lata herabstufen, wenn die Rechtswidrigkeit damit in einem solchen Verhältnisse steht, daß sie noch als Schwachheitssünde entschuldigt werden kann, wie bei demjenigen, der den gefesselten oder gar auf der Folter liegenden fremden Sclaven befreite, weil er sein Jammern nicht aushalten konnte, oder welcher in einem in Auftrag übernommenen Kaufe einen guten Freund sich zuvorkommen ließ, der das Object so nöthig brauchte, als sein Mandant. Wie sehr unsere Classiker dieses cum grano salis verstanden haben, wurde schon unter dem Artikel Culpa bemerkt, und wir fügen hier nur noch bei, daß der Richter, welcher aus Gunst ungleich verfährt oder spricht, so wenig vom dolus malus freigesprochen wird, als wenn er es aus Bestechlichkeit thut, weil er ohne Unparteilichkeit gar nicht Richter sein kann, weshalb auch der Strafrichter nach unserer Halsgerichtsordnung sich nicht mit seiner Barmherzigkeit entschuldigen darf, wenn er dem Angeschuldigten aus diesem Beweggrunde wissentlich hinaushilft [19]). So wenig, als wir, entschuldigen sie den Staatsverbrecher damit, daß er als religiöser oder politischer Schwärmer mit den erhabensten Ideen schwanger ging, das Vaterland zu regeneriren. Hierauf bezieht sich nun die Terminologie unserer gewöhnlichen Eintheilungen des dolus in den bestimmten und unbestimmten und des letzteren in den alternativen oder eventuellen, welche v. Weber (a. a. O.) mit vielem Geschmacke dargestellt hat. Das württembergische Strafgesetzbuch bezeichnet sie im Artikel 87 wie folgt: „Eine Rechtsverletzung wird auch dann als vorsätzlich zugerechnet, wenn sie derjenige, durch dessen Handlung sie herbeigeführt wurde, nicht ausschließlich oder vorzugsweise gewollt hatte, mag es ihm nun gleichgiltig gewesen sein, ob der wirklich eingetretene, oder ob ein anderer, gleichfalls mit seiner Handlungsweise bezweckter Erfolg eintrete, oder mag er nur für den Fall, daß es sich nicht anders fügen würde, zum voraus die erfolgte Verletzung gewollt haben." v. Hufnagel bemerkt in seinem Commentar: „Man wird behaupten dürfen, daß das Gesetzbuch mit diesem Artikel nichts bezweckte, als den Richter an diese wichtigen Begriffe zu erinnern oder, wenn er sie noch nicht hat, sie ihm geben zu wollen." Wir möchten hinzusetzen: ohne ihn willkürlich zu bestimmen, oder mit Kitka zu reden, als gemachten Begriff zu behandeln. Feuerbach gibt ein Beispiel des unbestimmten Vorsatzes, den er zwar richtiger im Takte, als in Bezeichnung eventuell nennt (§. 59, Note a), woraus aber unsere gewöhnliche Terminologie einen alternativen geschaffen hat. „Ich will mich an einem Menschen rächen und schieße nach ihm, nicht gerade um ihn zu tödten, auch nicht um ihn blos zu verwunden, sondern um meine allgemeine und unbestimmte Absicht, ihm zu schaden, auszuführen. Welchen Erfolg gerade diese Handlung habe, ist mir gleichviel (?), ich will nur, daß eine von diesen Verletzungen wirklich werde." Versteht man dieses so, daß er sich das Eine so gut wie das

19) Iudex tum litem suam facere intelligitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit. Dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia, vel inimicitia, vel etiam sordes.

Andere vorgesetzt habe, was freilich, da der durch Werthschätzung bestimmte und nach dem Besseren strebende Wille alle Zeit einen Vorschmack zeigen wird, und der Richter stets das Gelindere annehmen muß, auf eine psychologische und juristische Unmöglichkeit hinauslaufen dürfte, und wäre ein solcher Entschluß in einer denselben zergliedernden ruhigen Ueberlegung gefaßt, so würde er der Bestimmtheit des schlimmeren Vorsatzes durchaus keinen Eintrag thun, weil, wie oben bemerkt wurde, die Ungewißheit des Erfolges den dolus nicht ausschließt, und diese überhaupt nur dem Können und nicht dem Wollen entgegensteht. Er will so gern tödten, als verwunden, aber er weiß noch nicht, was ihm gerathen wird. Ex hypothesi der gewöhnlichen Terminologie hat also v. Weber ganz recht, daß ein solcher alternativer Vorsatz mit dem bestimmten auf gleicher Linie stehe, oder gleich strafbar sei, wenn der schlimmere Erfolg eintritt, und consequent müßte man weiter behaupten, daß beim Eintritt einer bloßen Verwundung zugleich ein Tödtungsattentat zuzurechnen, da man nicht sagen kann, daß der ausgebliebene Erfolg ein freiwillig aufgegebener gewesen sei. Allein da man unter Zweck sich eine Concentration des Unendlichen in ein Endliches denkt, so ist diese Voraussetzung, zwei Fliegen zumal schlagen zu wollen, und darum keine recht zu treffen, unnatürlich, und die Criminalisten haben bei diesem Unterschied stets einen individuellen einfachen Vorsatz im Auge gehabt, dessen Strafbarkeit durch den Ausgang bestimmt wird, weil der Anfang im Dunkeln liegt, und der Handelnde sich über die Folgen oder über sein Beginnen keine deutliche Rechenschaft zu geben im Stande war, sondern ohne specifische Folgen seinen Zweckbegriff aufzunehmen, entweder das Schicksal walten, oder sich blindlings durch einen gefährlichen Trieb leiten ließ. Ersteres ist der Fall, wenn die Handlung des Verbrechers so beschaffen war, daß es, nachdem sie einmal unternommen worden, nicht mehr in seiner Macht gestanden hat, die nur im Allgemeinen vorausgesehenen traurigen Folgen der von ihm in Wirksamkeit gesetzten Ursachen zu verhüten[20]). Gewissermaßen läßt sich dieses schon auf das Schießen, Werfen anwenden, da Jeder sich sagen muß, daß die Kugel aus dem Rohr, der Steinwurf aus der Hand, nicht mehr zu lenken sind, und also der beste Schütze, der z. B. nur streifen wollte, nicht dafür einstehen kann, ob der Damnificat nicht in demselben Augenblicke seinen Ort verändert hat, sollte er auch seines Visirens noch so gewiß gewesen sein. Noch mehr aber leuchtet die Verschiedenheit ein, wenn der Erfolg durch eine längere Zwischenzeit von der Handlung getrennt ist, in der, wie das angelegte Feuer, das das Haus niederbrennen soll, aber auch das Leben der im mitternächtlichen Schlafe liegenden Bewohner gefährden kann, die Ursache erst anfängt zu wirken. Indessen kommt es auf die größere oder gerin-

20) Dieser schon oben angedeutete Fall ist am besten in einer älteren Schrift hervorgehoben: J. C. Eschenbach, de dolo indirecto delinquentium, imprimis homicidarum. Ein rostockisches Festprogramm vom Jahre 1787, das ich übrigens nur aus Auszügen in Klein's Annalen kenne. Die in Koppe's Magazin für die gesammte Rechtsgelahrtheit, 1789, Bd. 1, S. 296 flg., enthaltene Widerlegung Christiani's läßt diesen Punkt unberührt.

gere Entfernung des Eintrittes nicht an, sondern das wesentliche Merkmal beruht darauf, daß die Folgen im Momente des beendigten Verbrechens oder Versuches noch als künftig, und entweder nicht völlig oder doch nicht specifisch gewiß erscheinen, und daß gleichwohl die in Wirksamkeit gesetzte Ursache von der dem Verbrecher nicht verborgenen Beschaffenheit war, daß sie den Erfolg ohne weiteres Zuthun gestalten kann. Aus dem doch auch manches Goldkorn enthaltenden Unrath spitzfindiger Eintheilungen, in welchen sich die alten Scholastiker verloren haben, verdient zur Erläuterung dieser Erklärung der freilich schwankende Unterschied zwischen causa instrumentalis und causa media hervorgezogen zu werden. Unter der ersteren verstanden sie diejenige, welche unserer Willkür am meisten unterworfen ist und stets dienstbar bleibt, unter der anderen gerade diejenige, welche, einmal in Thätigkeit, mehr für sich wirkt, sei sie nun, wie das schon erwähnte Feuer, eine physische, oder, wie der zu Begehung eines Verbrechens in unserem Namen durch Auftrag Angestiftete, wobei der eventuelle dolus vorzüglich praktisch wird (vgl. Art. 76 des württemb. Strafgesetzbuches), eine freie. So relativ dieser Unterschied ist, da in gewissen Beziehungen sogar unser eigener Körper zu den causis mediis gehört, wie wir am Betrunkenen, der seine Herrschaft darüber verloren hat, und am Kinde, das erst gehen und seine Glieder gebrauchen lernt, gewahr werden, so ist er doch, wenn wir das a potiori fit denominatio nicht vergessen, nicht unwahr. Ein Dolch z. B. wäre eine causa instrumentalis, weil er, zum Morden gemacht, in der Wirkung von der Richtung abhängt, die ihm unsere Hand gegeben. Dagegen erscheint eine Klafterstütze, als Werkzeug zu einer Mißhandlung gebraucht, schon mehr als causa media, weil wir die Führung derselben nicht so in unserer Gewalt haben, um den damit einem Anderen zugefügten Streich in der Richtung abzielen und in den Folgen abmessen zu können, mag nun der Verbrecher das größere oder das geringere Uebel bezweckt haben, das aus seiner Handlung entstehen wird. Ist das Erstere der Fall, so hebt zwar der Umstand, daß er seines Streiches noch so ungewiß war, wie z. B. derjenige, der seinem Gegner mit geladenem Gewehr (ambulans cum telo), wie einem Wildpret nachgeschlichen, um ihn zu erschießen, und nun, da dieser, zufällig gewarnt, davon eilt, in zu weiter Entfernung, oder in dem Bewußtsein der keinen sicheren Schuß mehr gestattenden Unstetigkeit desselben das auf ihn angelegte Gewehr dennoch abdrückt, den bestimmten Vorsatz an sich gar nicht auf, und Niemand zweifelt daran, daß die gezwungene Resignation, daß er auch mit einem geringeren Erfolge vorlieb genommen hätte, ihm nicht zu statten kommt, wenn er ihn seiner bösen Absicht gemäß tödtlich getroffen hat. Nur wenn er fehlt, hat seine Leidenschaftlichkeit, die ihn bei seinem schlimmen Wollen die Rathschläge der Klugheit und die Regeln der Geschicklichkeit vergessen ließ, wegen der objectiv minderen Gefährlichkeit auf die Strafbarkeit des Versuches einigen Einfluß, und daß die äußere Erscheinung der That eben wegen des gewählten unsicheren Mittels eine bestimmte Absicht nicht vermuthen läßt, diese daher entweder eingestanden, oder durch Nachstellungen erwiesen sein muß, gehört nicht zu unserer Hypothese. Eine

charakteristische Verschiedenheit entspringt daher nur dann, wenn sein eigentlicher Zweck nur auf das geringere Uebel gerichtet war, also nur dieses in seiner bestimmten Absicht lag, er sich aber bei Begehung dieses geringeren Verbrechens selbst bewußt war, daß er eine mit größeren Uebeln schwangere Mittelursache in Bewegung gesetzt habe, welche trotz dem von seiner Seite beendigten Verbrechen noch nachfolgen können, ohne daß ihm seine physische oder moralische Unmacht erlaubt, das Geringste zu ihrer Verhütung zu thun. Da es zuletzt auf dieses Selbstbewußtsein ankommt, so erschöpft der bisher erörterte Unterschied, der zwischen dem Willen und seinem Erfolge in der Mitte liegenden Ursache, je nachdem diese den Willen völlig ausdrückt oder nicht, obgleich er bei nüchtern überlegten, oder doch mit einiger Ruhe vorbereiteten Verbrechen den Begriff des eventuellen dolus am verständlichsten macht, dessen Anwendungen noch nicht; denn der Erfolg kann, objectiv betrachtet, schon gegenwärtig und völlig gewiß sein, und dennoch dem Handelnden so verborgen, daß er auf dem subjectiven Standpunkte einem künftigen und noch ungewissen gleich gilt. So coincidirt bei der Tödtung der Thatbestand nicht nothwendig mit der Handlung des Verbrechers, welches, wird sie mit Prügeln verübt, nur dann der Fall ist, wenn die Mißhandlung so lange fortgesetzt wird, bis der Angegriffene auf dem Platze bleibt, und kein Lebenszeichen mehr von sich gibt. Es genügt zu ihr unstreitig, daß die zugefügte Verletzung den effectum integrum, wenn auch erst nach längerer Zeit, nach sich zieht. Ist dieses ärztlich gewiß, so hat der Verbrecher getödtet, und die Tödtung bleibt dolos, wenn derselbe auch nur verwunden wollte, sobald der Causalzusammenhang den Erfolg so nahe legte, daß er als vernünftiges Wesen denselben voraussehen konnte und mußte. Da kein geistesgesunder Mensch von gereiftem Alter sich damit entschuldigen darf, seine Vernunft nicht gebraucht oder bei der Hand gehabt zu haben, so wird hier, wo ein schon zur Zeit des Vollbringens objectiv gewisser specifischer Erfolg vorliegt, zur völligen Feststellung der subjectiven Seite die einzige Frage die sein, ob in dem sein Handeln begleitenden Selbstbewußtsein sowohl, als in der damit in inniger Verbindung stehenden Vorstellung der Außenwelt die den Causalzusammenhang offenbarenden Daten vorhanden waren oder nicht; ob — da, wie gesagt, sogar auf unseren Körper, dessen von dem Kinde erst durch allmälige Uebung zu erlernender Gebrauch auch bei dem Erwachsenen nicht zu jener, dem Willen absolut unterworfenen Fertigkeit gedeiht, in welcher die Natur der Gottheit gehorcht, der relative Begriff einer causa media paßt — die Uebereilung ihm einen Fehlstreich unterschob, oder ob er die ihn umgebende Welt falsch gesehen, oder unrichtig beurtheilt hat. Denn so gewiß wir seine Vernunft als unendlich, allgegenwärtig und unverlierbar postuliren dürfen, so kann doch sein der Zeit bedürftiges Ueberlegungs- und Beurtheilungsvermögen befangen gewesen sein, und seine in das Räumliche fallenden Sinne können sich verwirrt haben.

Nach dem bloßen Erfolge spricht zuweilen der Pöbel in der moralischen Schätzung von Personen und Handlungen ab, der Weise nie. Umgekehrt müssen wir bei jedem vorgefallenen Verbrechen von einem Zwecke,

von irgend einer bestimmten Absicht, ohne die kein Mensch handelt, ausgehen, und diese wird stets durch die Veranlassung der That und durch das, was ihre äußere Erscheinung als nächste Wirkung nachweist, fixirt werden. Der Nothzüchtigende will seine Geschlechtslust büßen, der Brandstifter ein Haus, das ihm, so wollen wir der Erläuterung wegen annehmen, die Aussicht benahm, und das er ihm zum Aerger gebaut wähnte, niederbrennen, der Gewaltthätige mit seiner gewaffneten Rotte sich in den Besitz eines Pachthofes setzen, aus dem der Inhaber mit seinem Gesinde nicht gutwillig weichen wird, derjenige, der einen rohen Menschen aufstiftet, seinem Beleidiger den Buckel voll zu schlagen, will diesem Schmerz und Schmach verursachen, eben so der Zornige, welcher selbst zum Werke schreitend, das ihm zunächst zur Hand stehende gefährliche Werkzeug ergreift, — allen diesen Leuten wird man meist ohne Betheuerung glauben, daß sie weder haben am Körper verletzen, noch umbringen *wollen*, ja daß es ihnen selbst zum Leidwesen gereicht, wenn das Schlimmere aus ihrem Unternehmen dennoch erfolgt. Was erhöht nun ihre bloße Gleichgiltigkeit gegen den Erfolg, den sie mit der culpa lata gemein haben, von der bloßen culpa dolo determinata bis zum dolus? — Was berechtigt uns, entfernte und mittelbare Wirkungen, die, mochten sie auch als wahrscheinlich vorausgesehen werden, doch auch der Zufall so oder anders gestalten konnte, und die der Verbrecher selbst verwünscht, oder auch das durch seine That unmittelbar Hervorgebrachte, an das er aber, weil er falsch gesehen oder unrichtig geurtheilt hat, in demselben Augenblicke wenigstens nicht dachte, in die Zurechnung seines dadurch erweiterten minder schlimmen Vorsatzes aufzunehmen und damit gleichsam als Auswuchs zu verbinden? — Die gewöhnliche Auflösung lautet: die vorgängige bedingte Einwilligung in den schlimmeren Erfolg, wenn es sich nicht anders fügen werde [21]). Diese Antwort läßt allerdings nicht ganz unbefriedigt in den schlimmsten Fällen, wo aber der dolus vom bestimmten aus denselben Gründen, aus welchen wir den sogenannten dolus alternativus beleuchtet haben, kaum zu unterscheiden ist. Ob aber damit gerade das Wesen jenes, eine Mittelstufe zwischen dem eigentlichen dolus und der culpa lata bildenden, geringsten Grades des letzteren getroffen ist, welchen die Criminalisten stets im Auge gehabt haben, dürfte doch stark zu bezweifeln sein. Sie scheint auf eine nicht recht adäquate Redensart hinauszulaufen, welche, von der Analogie des bei Verträgen dem ausdrücklichen gleichgeltenden stillschweigenden Consenses entlehnt, nur auf Willens*äußerungen* paßt, daher auf den Willen selbst, den sich der Angeschuldigte, so zu sagen, verschwiegen haben müßte, angewendet, etwas viel zu Positives ausdrückt und dadurch die Forderung zu hoch spannt. Aber abgesehen von der Uneigentlichkeit dieser Bezeichnung eines bloßen Geschehenlassens dessen, was

21) Zuerst hat diese Auflösung **Püttmann** (Miscellaneorum liber singularis. Lips. 1793. p. 351) aufgestellt, um mit diesem eventuellen dolus dem Mißbrauch ein Ende zu machen, welcher mit dem dolus indirectus getrieben wurde. Sie ist aber seitdem von den meisten Schriftstellern wiederholt worden, und gewiß als ein Fortschritt anzuschlagen.

dem ohnehin meist vom Schauplatze abtretenden Handelnden gleichwohl noch selbst zuwider bleibt, und dabei noch nicht so gewiß und gegenwärtig ist, daß derselbe sich nicht überreden konnte, es werde minder schlimm ablaufen, wird auf diese Weise die Schwierigkeit nur hinausgeschoben, weil es sich dann immer noch fragt, woran erkennen wir diese in einem richtigen Sinne gemeinte bloße Einwilligung als von dem eigentlichen Vorsatze noch verschieden, und dennoch einen Zuwachs desselben bildend? — Aufrichtige Bekenntnisse sind hier selten zu erwarten, und gerade Bekenntnisse der besseren und reumüthigen Inquisiten fordern zu der umsichtigsten richterlichen Prüfung auf, um sie nicht schuldiger zu finden, als sie wirklich waren, oder sie hintennach, nach dem verschwundenen Zauber ihrer damaligen Verblendung, sich selbst halten. Die Nothwendigkeit und Unvermeidlichkeit des Erfolges, welcher nach der gemeinen Erfahrung erkennbar war, ist zwar die Basis der Beurtheilung, sie wird aber auch selten fehlen, wo ein wahrer Causalzusammenhang besteht. Eben so wenig macht es die Nähe und Unmittelbarkeit dieses Causalzusammenhanges aus, weil auf der einen Seite die Gefahr größerer Uebel dem mit Ueberlegung Handelnden sich schon aus der Ferne stark genug aufdringt, um in einem menschlichen Gemüthe den Trieb zu ihrer Verhütung zu wecken, und auf der anderen Seite der Bursche, welcher, nachdem er sich muthwillig in eine Schlägerei eingelassen, zuletzt, um nicht unterzuliegen, sein Messer ergreift[22]); mehr aber noch der Wundarzt, der eine noch so gefährliche Operation unternimmt, von der er weiß, daß ihr Mißlingen dem Patienten das Leben kosten wird, sehr verschieden zu beurtheilen ist, wenn wir ihn dem Noth-

22) Hat dieser getödtet, so wird der stärkste Beweis oder das glaubhafteste Bekenntniß erhoben sein müssen, daß er diese bestimmte Absicht hatte, um ihn als Todtschläger zu verurtheilen. Der Begriff des dolus eventualis verliert dagegen seine Anwendung. Den angeführten Beispielen können wir noch den Dachdecker beifügen, der, ohne zu warnen, einen Ziegel herunterwarf. Eben so wird man jenen dolus mit den Franzosen nie auf bloße Uebertretung der sogenannten reglemens de police anwenden. Vgl. auch württemb. Strafgesetzbuch, Art. 251. Von einem akademischen Docenten der alten Schule hörte ich folgendes Beispiel des dolus indirectus anführen. Die Verwandten eines dem Trunke ergebenen Menschen wollten diesen von seinem Laster abbringen. Sie erfuhren, daß nichts so sehr ihm einen beständigen Eckel gegen den Branntwein beibringen werde, als wenn sie in einem Fäßchen in demselben lebendige Krebse crepiren ließen, und ihm davon zu trinken gäben. Man sagte ihnen aber dabei, daß er von den Folgen des Genusses eben sowohl sterben könne. Sie versuchten es dennoch. Ich will den Zweifel an seinen Ort gestellt lassen, ob sich hier der Thatbestand der Tödtung je ärztlich nachweisen ließe, wäre aber der Meinung, daß hier auf keinen Fall mehr als culpa lata anzunehmen ist. Die an sich gutgemeinte Absicht nimmt die Verwandten so sehr, als den Medicaster in den Schutz, und hat die Vorstellung der Gefahr verdunkelt, indem sie seiner Natur mehr zutrauten, als sie nach dem Erfolge hätten thun sollen. Uebrigens zeigt dieser anatomische Vortrag, wie weit man den dolus indirectus ausgedehnt hat, und wie gerecht der Eifer eines Christiani und Püttmann war. Unsere neuere Doctrin hätte übrigens in der blos veränderten Terminologie nur Mistjauche gegen unlauteres Wasser ausgetauscht, wenn sie nicht stillschweigend voraussetzt, daß das im dolus eventualis vorzugsweise Bezweckte ebenfalls eine Rechtsverletzung, und zwar ein Verbrechen nur von geringerer Art sein müsse.

züchtiger, Brandstifter, gewaltthätigen oder hinterlistigen Angreifer gegenüber stellen.

Wir können nicht dafür stehen, ob wir in der Auflösung dieses criminalistischen Räthsels glücklicher sein werden, als Andere es gewesen, und sind zufrieden, wenn wir sie nur der Entscheidung näher gebracht haben, als sie bisher gefaßt wurde. Wir halten aber die in den kammergerichtlichen Erkenntnissen in Klein's Annalen öfter trefflich benutzte Eschenbach'sche Definition des dolus indirectus, worunter nichts Anderes, als unser eventueller dolus gemeint war, für diejenige, welche der Wahrheit am nächsten kommt. Homicidium ex dolo indirecto commissum dicitur, quoties delictum dolosum lenius ex indole facti, cuius consectaria ab arbitrio delinquentis haud pendent, eius causa fuit. Wir sind jedoch der Meinung, daß sich die Aufgabe nicht befriedigend lösen läßt, ohne mit unserem gemeinen Rechte a) bis auf die Wurzel des dolus zurückzugehen, welche in der rechtswidrigen Maxime unseres Handelns liegt, sofern sie sich als den die innere Schlechtigkeit und Stärke des bösen Willens determinirenden verbrecherischen Trieb zeigt, ohne b) neben diesem Gattungsmerkmale die specifische Differenz hervorzuheben, welche mit dem auch der culpa lata eigenen Daraufankommenlassen eine Art von Unterlassungsverbrechen, welche diesen Trieb in einer ihm nicht gewöhnlichen intensiven Stärke zeigt, verbindet, wobei c) diese charakteristische Eigenschaft sich in dem die Handlung begleitenden Selbstbewußtsein so reflectirt haben muß, daß der Verbrecher nicht umhin konnte, sich selbst als Urheber der Gefahr eines unverhältnißmäßig größeren Uebels inne zu werden. Die Rechtswidrigkeit der Maxime zeigt sich vorzüglich darin, daß wir Andere nicht als uns gleich behandeln, ihre Güter und Interessen unserem Vortheil oder gar unserer Lust aufopfern, und sie wird gesteigert, je größer, unschätzbarer und unersetzlicher diese Güter und Interessen, je unverhältnißmäßiger der dadurch beförderte scheinbare eigene Vortheil, oder je schnöder die dadurch befriedigte Lust erscheinen. Irgend ein solches Attentat auf die in der Rechtsordnung sanctionirte Gleichheit und Billigkeit setzt der dolus immer voraus, aber gesetzt auch, er sei dem Willen nach nur auf eine geringere Verletzung gerichtet, so zeigt sich doch die Stärke des an sich minder bösen Triebes durch nichts so überschwenglich, als durch die Ueberwindung des moralischen Abhaltungsgrundes, welches dem mit Ueberlegung handelnden Verbrecher bei seinem Unternehmen ein nach demselben nicht mehr zu verhütendes weiteres Uebel in der Ferne zeigt, das er wegen seiner Größe nicht ignoriren konnte, und gegen dessen Aufnahme in seine ursprünglich minder schlimme Willensbestimmung ihn nur getroffene Vorkehrungen schützen würden [23]), welche dessen Eintritt nicht dem blinden

23) Nehmen wir unseren Brandstifter zum Beispiel, dem es eigentlich nur darum zu thun ist, das ihn ärgernde Haus niederzubrennen. Aber wenn er beim Einlegen weiß, daß in demselben Menschen wohnen, welche nach der Localität wegen Alters, Krankheit, oder ihres sorglosen mitternächtlichen Schlafes bei der schnellen Verbreitung des Feuers der Lebensgefahr nicht wohl entrinnen können,

Zufalle überließen, und die er im Ernste für zureichend erachten konnte. Der Zuwachs zu dem voraus bestimmten geringeren verbrecherischen Vorsatze beruht wesentlich auf dem Bewußtsein, daß mit dem damnum iam factum des beendigten Verbrechens zugleich eine Ursache in Wirksamkeit gesetzt wird, welche mit einem positiv zur Sicherheitsleistung verpflichtenden damnum infectum schwanger geht, dessen, wenn auch nur wahrscheinlichen, Eintritt der Verbrecher entweder gar nicht verhüten kann, oder doch durch die Unmacht seines Gemüthes zu verhüten gehindert ist, während die culpa lata kein solches Zusehen hat, weil mit dem beendigten

---

so können wir nicht umhin, diesen accidentiellen Erfolg in seine verbrecherische Willensstimmung mit aufzunehmen, mag nun das traurige Loos einen ihm völlig Fremden, dem er übel zu wollen keinen Grund hatte, oder gar zu seinem noch empfindlicheren eigenen Schmerz einen guten Freund betroffen haben, obgleich er sich den Erfolg nicht so distinct und specifik vorgestellt hat, wie derjenige, der seinem Feinde den Dolch in die Brust stößt. Sogar eine unschuldige, aber eine fremde Rechtssphäre berührende Unternehmung legt ja die Pflicht auf, nicht hinterdrein durch Unterlassung zu schaden, wie die Aderlässe des Arztes zum gehörigen Verband, das Beginnen des Ofeneinfeuerns nicht daneben einzuschlafen. Noch weniger kann eine an sich verbrecherische Unternehmung von dieser Pflicht entbinden. Wollte er also die härtere Zurechnung vermeiden, so mußte er sich entschließen, in Zeiten Lärm zu machen, damit die Leute sich noch retten konnten. Dieses Unterlassungsverbrechen fällt aber mit der That zusammen, sobald er einsieht, daß er zur Verhütung der traurigen Folgen gar nicht im Stande ist. Aus demselben Grunde kommt der eventuelle dolus am häufigsten im Verhältnisse des intellectuellen Urhebers zum physischen vor, und gab in den Verhandlungen über das württemb. Strafgesetzbuch zu manchen Debatten Anlaß, bis der vielleicht zu ängstlich gefaßte Artikel 76 zu Stande kam, dem übrigens noch die stillschweigende Billigung der dem Machtgeber zum Verhindern zeitig genug bekannt gewordenen Wahl der Begehungsart hätte beigefügt werden können. Denn bei der Stärke seiner Verpflichtung genügt schon das Nichthindern, um den letzteren verantwortlich zu machen, und geht über die reine culpa hinaus. Eben deßhalb kommt es auch nicht darauf an, ob er die Wahl einer gefährlicheren Begehungsart von dem, der den Auftrag übernahm, selbst oder auch nur zufällig erfahren hat. Ganz mit dieser Ansicht stimmt es überein, wenn Roßhirt (neues Archiv des Cr.-R., Bd. 8, S. 382) sagt: „Der Giftmischer muß bei dem vollen Bewußtsein seiner Handlung auch daran denken, daß andere, als die von ihm hervorgesuchten Opfer seiner Frevelthat, am Genusse des Giftes sterben können. Hat er insbesondere seine Giftsubstanz so aufgestellt, daß sie Mehreren zugänglich ist, wer möchte von einer bloßen culpa sprechen, wenn ein Anderer, als der vergiftet werden sollte, das Gift genossen hat? Der Vergifter, indem er wissen muß, daß er in einem solchen Erfolge nicht Herr seiner That ist, muß, indem er überhaupt die That will, so betrachtet werden, als wenn er auch dasjenige wollte, wohin seine That im ganz natürlichen Laufe der Dinge führt." Eben so spielt er in der unmittelbar folgenden Stelle auf den sogleich zu entwickelnden Unterschied zwischen einem eigentlichen Affecte und seinem Gegenstücke, dem zu einem dem Affecte ähnlichen Gemüthszustande gesteigerten verbrecherischen Triebe, den man wohl dämonisch nennen darf, an. „Wer, wie der von ihm als Beispiel angeführte Brandstifter, die Rachelust im Herzen trägt, und ihr durch eine bestimmte Handlung, der er sich wohl bewußt wird, Luft macht, ist ein dolosus ex proposito, auch wenn in einer großen Erregtheit seines Gemüthes Hand an das Werk der Rache gelegt wird." Der dolus malus ist in der juristischen Dogmatik das, was in der theologischen der Teufel, die Macht des Bösen, welche wahrlich kein Gedicht ist.

Verbrechen der Schaden schon angerichtet ist, bevor der Verbrecher sich selbst als Urheber der Gefahr recht gewahr wird, und dieselbe sich mehr in der Vorstellung der Außenwelt, als in dem Selbstbewußtsein reflectirt, in welchem der in sich entzweite Mensch vor seinem eigenen Gewissen steht. So einfach die Subsumtion bei ohne Ueberlegung gar nicht möglichen, oder doch ruhig vorbereiteten Verbrechen ist, wie namentlich bei der Brandstiftung, der Aufruhrstiftung, der auf den Beistand einer gewaffneten Rotte angelegten Gewaltthätigkeit, welche schon wegen der unmöglichen Voraussicht des Grades und Umfanges der gerechten Gegenwehr für die traurigen Folgen nicht einstehen kann, so schwierig wird sie bei zur Zeit der That schon objectiv gewissen, aber vom Thäter ignorirten Verletzungen, eben weil wir hier, ohne die weiteren Anhaltepunkte, nur auf den schlechten Trieb und auf die indoles facti angewiesen sind. Um diesen Fällen unseren Begriff zu bequemen, müssen wir die Regel aus einem anderen Standpunkte fassen. Bei einem durch unsere Handlung unmittelbar bewirkten, jedoch über unsere vorgehabte Absicht hinausschweifenden Erfolge entschuldigt das verdunkelte Bewußtsein eines dadurch nach gemeiner Erfahrung nahe gelegten Causalzusammenhanges, woraus der Erfolg als nothwendig und unvermeidlich erkannt werden mußte, wie beim Spalten des Schädels mit einer Holzart, ganz und gar nicht, wenn die angerufene, Verwirrung oder Uebereilung erzeugende, Heftigkeit der Gemüthsbewegung in Gemäßheit eines bekannten psychologischen Gesetzes, nach welchem die Unlust überwundener Schwierigkeiten sich in die Lust der herrschenden Leidenschaft verwandelt und dieser neue Stärke gibt, nur aus einer ununterbrochenen Steigerung des verbrecherischen Triebes erfolgt ist. So wird für den Aggressor, der einem Anderen auf dem Wege gestanden ist, auch abgesehen davon, daß er vorbereitet war, eine solche Entschuldigung alles Gewicht verlieren, nicht nur dann, wenn eine unerwartete Feigherzigkeit des Beschädigten ihn in seinen Insulten muthiger machte und sein Appetit im Essen kam, sondern auch dann, wenn er durch einen herzhaften, obwohl in den erlaubten Grenzen gebliebenen Widerstand erbittert worden ist. Eben so wenig wird der schon berührte Nothzüchtiger, dessen Geschlechtslust durch einen anhaltenden Widerstand der angegriffenen Weibsperson in eine wahre Wuth ausgeartet ist, mit der Einrede zu hören sein, er sei seiner so wenig mächtig gewesen, daß er nicht mehr wahrgenommen, wie arg er die Dirne zurichte. Die Exaltation des verbrecherischen Triebes muß also keine bloße mit der Schlechtigkeit seine innere Stärke und Gefährlichkeit entwickelnde Steigerung sein, sondern als ein ihr fremdartiges Einschiebsel, worauf als natürlicher Schwierigkeit des Verbrechens der ursprüngliche Vorsatz gar nicht gefaßt sein konnte, von irgend einer gegenseitigen oder größeren Kränkung, wie z. B. von einer Ueberschreitung der Nothwehr, herrühren, um der Entschuldigung Raum zu geben, daß das von Anfang vorsätzliche Verbrechen blos culpos in ein schwereres übergegangen sei. Es ist ein goldenes Wort Feuerbach's (Lehrb. §. 121, Note a), wenn er sagt: „Nicht dann steigt die Strafbarkeit, wenn die That nur in einem Affect begangen worden ist, sondern wenn die rechtswidrige Begierde selbst zur Leidenschaft geworden,"

die er einer den Verbrecher taub und unempfindlich machenden Gewohnheit gleichstellt. Nur hätte er hinzufügen dürfen, daß dieser von uns angedeutete Unterschied den Milderungsgrund des Affectes ausschließe, so viel scheinbare Aehnlichkeit er mit dem Einflusse des letzteren auf den Gemüthszustand und das Bewußtsein des Verbrechers habe. Die Strenge des römischen Rechtes, welches den zum Stehlen bewaffnet ausgegangenen Verbrecher unter die Sicarier stellte, ist zwar für uns längst nicht mehr praktisch, weil wir den Versuch nicht dem vollbrachten Verbrechen gleich strafen, und nach germanischem Rechte einen Erfolg verlangen müssen. Indessen dürfen auch wir nicht verkennen, daß ein solcher Dieb sich schon im voraus auf Schutz und Trutz gegen die Person des Bestohlenen mit der Gefahr für dessen Leib und Leben gefaßt gezeigt hat, und er wird also, obgleich man ihm gern glaubt, daß dieses nicht seine Hauptabsicht gewesen, bei einer wirklich verübten Tödtung vom eventuellen dolus nicht leicht frei zu sprechen sein, sobald der geführte Streich und die Körperverletzung von der Beschaffenheit sind, daß sie nach der gemeinen Erfahrung durch den Causalzusammenhang den Erfolg nahe legten. Es ist ganz in der Ordnung, wenn unsere Strafgesetzbücher sogar im Falle einer culpa lata den Räuber härter, als den gewöhnlichen Todschlag bestrafen. Er wird vielleicht einwenden, er habe die Waffe nur mitgenommen, um durch ihren Gebrauch zu schrecken, oder höchstens eine Betäubung zu verursachen, die ihm ja zum Fortbringen der entwendeten Sache genügt hätte. Allein seine Vorbereitung verdammt ihn, wenn wir gleich bei solchen glaubhaften Vertheidigungsgründen seine That nicht als Mord bezeichnen werden, da er dadurch, wie durch eine in Wirksamkeit gesetzte unheilschwangere Naturursache sich als Anstifter einer Gefahr gewahr wurde, die er, weil er weder für sich selbst, noch für eine herzhafte und überraschende Begegnung Anderer einzustehen vermochte, nach der Verflechtung in ein solches Abentheuer nicht mehr verhüten konnte. War er zum Zuschlagen gerüstet, so beging er ein Unterlassungsverbrechen, wenn er sich nicht zugleich des Maßhaltens versicherte, und daß er dieses gethan, hätte er nur mit der That beweisen können. Anders verhält es sich bei dem gewöhnlichen Diebe, welcher nur gefaßt auf ein heimliches Unternehmen, das er ohne Widerstand durchzuführen gedachte, nach der Verübung ertappt wird, besonders wenn er sich mit dem nächsten besten Instrumente nur um das Entkommen wehrt. Was ihm die Ueberraschung eingibt, hat mit seinem ursprünglichen Vorsatze nichts gemein, und er wird daher leicht Gehör finden, daß er so weit, als wirklich geschehen, nicht hat gehen wollen und die Folgen nicht bedacht hat. Der Trieb, der ihn beseelt, ist der unwillkürliche, ein Uebel abzuwehren, das er zwar selbst verschuldet hat, welches aber gerade dem minder verdorbenen Verbrecher am größten erscheint. Erinnern wir uns dabei der Verse aus Voltaire's Semiramis: **Croyes moi les remords, a vos yeux méprisables, sont le seul bien, qui reste a des coupables.**

Dieses führt uns auf den eigentlichen Affect, — eine Materie, welche, obgleich sie auch unter anderen Artikeln, namentlich unter Mord, noch zur Sprache kommen wird, doch wegen ihrer engen Verbindung mit

unſerer gegenwärtigen Abhandlung nicht ganz übergangen werden kann. Daß die Eingebungen des Affectes, im Widerſpruch mit den Geſetzgebungen des Orients, namentlich der Moſaiſchen [24]), in unſerem gemeinen Rechte zwar als der mildeſte Grad des dolus betrachtet, doch aber davon nicht unbedingt ausgeſchloſſen worden, iſt gerade der Beweis, wie genau dieſer Gattungsbegriff zuſammenhängt, theils mit dem eines wiſſentlich zugefügten Uebels, das auf der Wage des Rechtes mit dem bezweckten eigenen Vortheil keine Vergleichung verträgt, theils aber mit der Gefährlichkeit eines jeden ſelbſtſüchtigen Triebes, dem wir uns, als auf Schaden gerichtet, nicht überlaſſen ſollen. Der wahre Affect entſpringt nämlich aus irgend einer Kränkung entweder des Erhaltungstriebes, den wir mit allen lebenden Weſen gemein haben, oder des Ehrtriebes, der uns als Menſchen zu Behauptung unſerer Würde, als Rechtsſubject, nach dem honeste vive gegeben wurde. Der ſogenannte iustus dolor iſt daher ſein Hauptelement, und er ſetzt die Vorſtellung eines friſch empfundenen, oder als nahe bevorſtehend in der Ahnung peinigenden Uebels voraus, das die menſchliche Natur nicht erträgt, ohne daß das widerſtrebende Gemüth durch eine unwillkürliche Aufwallung zu einer Reaction beſtimmt wird. In ſeinem reinmenſchlichen und quoad primos animi motus unverantwortlichen Urſprunge, welcher ſich ſchon phyſiologiſch in den Lebenselementen des Blutumlaufes und Athmens, dem Pulsſchlage, dem Roth- oder Blaßwerden, der Lähmung oder der convulſiviſchen Bewegung der ihren inſtrumentalen Gebrauch verlierenden Glieder zu erkennen gibt, drängt er daher durch unſer geſtörtes phyſiſches und moraliſches Daſein zu einer Erlöſung vom Uebel, das zugleich von ihm ſelbſt befreit, iſt aber eben deswegen nur zur Warnung und Stärkung, und nicht zum Handeln beſtimmt, da er, ſobald wir, ſtatt ihn zu beherrſchen, uns demſelben hingeben, zum Maßhalten viel zu blind führt. Schon diejenigen Affecte, welche, wie die Furcht, die Angſt, der Schrecken, die Verzweiflung, aus dem Erhaltungstriebe entſpringen, obgleich an ſich nur auf Abwehr gerichtet, arten leicht, namentlich durch unzeitiges Zuvorkommen oder durch Ueberſchreitung der Nothwehr, in die Offenſive aus, wenn ſie durch die Vorſtellung von vermeintlichem Unrecht, in Beziehung auf bevorſtehende, aber noch ungewiſſe Uebel die Einbildungskraft zu lebhaft ergreifen [25]); ja ſie können in die Verſuchung führen, unſere Rettung von wirklichem, aber unvermeidlichem Unglück mit dem Nachtheile Anderer zu bezwecken, die unſer Schickſal nicht verſchuldet und ſich darum nicht zu bekümmern haben. Noch mehr gilt dieſes vom Zorne, der ſeiner Natur nach nicht

---

24) Vergl. Michaelis, Moſaiſches Recht, Th. 4, §. 273.

25) Atque illae quidem iniuriae, quae nocendi causa de industria inferuntur, saepe a metu proficiscuntur, cum is, qui nocere alteri cogitat, timet, ne, nisi id fecerit, ipse aliquo afficiatur incommodo. Cicero de officiis I. 7. am Ende. Dieſes Motiv iſt gerade dasjenige, was unter Unabhängigen, namentlich unter Staaten, die ſich auf ihre eigenen Kräfte verlaſſen müſſen, ein friedliches und rechtliches Nebeneinanderbeſtehen ſo ſchwer macht, und dem daraus entſpringenden Unfuge vorzubeugen, iſt einer der erſten Zwecke des Staates und der bürgerlichen Geſellſchaft.

blos auf Abwehr, ſondern auf eine im Rechtszuſtande in der Regel unzuläſſige Wiedervergeltung durch Privatrache ausgeht, und deſſen wir uns, nach Seneca, nur als eines Soldaten, und nicht als eines Feldherrn bedienen ſollen. Der Affect iſt daher a) eigentlich nur ein Strafmilderungsgrund, und auch dieſer nur dann vollkommen vorhanden, wenn zu der erſten Bedingung eines gerechten Schmerzes noch folgende hinzukommen, nämlich b) eine unvorbereitete, zu keiner Ueberlegung Zeit laſſende momentane Entſtehung, welche zur Zeit That noch fortdauert, oder eben ſo unwillkürlich friſch auflebt; c) Angemeſſenheit der That zu dem Schmerze, ſo daß ſie als Eingebung deſſelben begriffen werden kann, wobei es weniger auf das Temperament, als auf das, was die menſchliche Natur überhaupt erträgt, ankommt, weshalb man den Jähzornigen, der wegen einer wörtlichen Beleidigung, die er mit einer gleichen erwiedern konnte, ſogleich zu einem tödtlichen Werkzeuge greift, keineswegs, wohl aber die Rache des Ehemannes, der einen Anderen bei ſeinem Weibe in flagranti antrifft, oder den Vater, der ſeinem aus der Art geſchlagenen Sohne im erſten Unwillen über eine ſeinem Blute nie zugetraute, nicht wieder gut zu machende Schändlichkeit den Kopf zerſchmettert, ungeachtet die gerochenen Verbrechen nach dem Strafgeſetzbuche den Tod nicht verdient haben, entſchuldigen wird; endlich d) eine nicht durch Beſonnenheit ausgezeichnete Ausführung des augenblicklichen Vorſatzes, wie wenn der erzürnte Ehemann oder Vater Banditen aufſtellen oder Gift beibringen wollten, da eine ſolche Heimtücke zur Genüge beweiſt, daß ſie ihres Affectes noch Meiſter waren.

Nach dieſer Grundlage werden wir im Stande ſein, die ſtrafrechtlichen Wirkungen des Affectes genau zu detailiren. Es iſt uneigentlich geredet, wenn man ſagt, derſelbe hebe die Zurechnung auf, und ſchon Clarus hat nicht ſo unrecht gehabt, wenn er als gemeine Meinung aufſtellte: iustum dolorem non excusare a poena, sed ad poenam tantum moderandam prodesse, was man, als um ſo richtiger zugeben muß, da er nur bei delictis atrocioribus zur Sprache kommt, bei welchen das durch das Strafgeſetz zu verhütende Uebel in einem beſtimmten Erfolge beſteht, für den auch die culpa verantwortlich macht, und welcher durch dieſelben äußeren Handlungen hervorgebracht werden kann, welche eben ſowohl einem geringeren Verbrechen correſpondiren. Mit einem Worte der Affect hebt niemals den generellen dolus auf, welcher dem allgemeinen Thatbeſtande eines Verbrechens überhaupt, der iniuria im weiteſten Sinne, zu Grunde liegt. Allein durch ihn kann gar wohl das mit der ignorantia iuris nicht zu vermiſchende ſubjective Bewußtſein der Art und des Grades der Rechtswidrigkeit, welches zum ſpeciellen dolus weſentlich gehört, völlig verſchwinden. Dieſer Fall, welchen die erſt in der jüngſten Zeit verlaſſene gemeine Lehre vor Augen hatte, wenn ſie von einer durch den höchſten Grad deſſelben aufgehobenen Zurechnung ſprach[26]), iſt

26) Statt Aller beziehen wir uns auf Feuerbach, Lehrbuch, 12. Ausg., §. 90, Nr. V, und Note h, und den Mittermaier'ſchen Zuſatz §. 90a, IV. und Note o, woſelbſt auch die Literatur angeführt iſt.

vorhanden, wenn alle vier entwickelten Erfordernisse dieses Strafmilderungsgrundes zusammentreffen. Völlige Straflosigkeit begründen sie jedoch nur dann, wenn die wechselseitigen Beleidigungen sich in Beziehung auf Privatgenugthuung vollständig compensiren und von der geringeren Art sind, daß sie nur auf Klage des Verletzten untersucht und bestraft werden dürfen[27]). Die moderne Praxis und Gesetzgebung hat diese Fälle auf einfache Verbal- und Realinjurien reducirt, während der Geist des römischen Rechtes viel weiter geht, bei welcher Streitfrage wir uns jedoch nicht aufhalten. Ist dieses nicht der Fall, so erscheint ein solches mit dem Affecte durch alle Kategorien entschuldigtes Verbrechen, je nach dem Erfolge, als culpa lata, und wird wenigstens in unserem gemeinen Rechte bei Tödtungen der culpa dolo determinata gleich behandelt, wie uns die L. 38. §. 8. D. und L. 4. C. ad leg. Iuliam de adulteriis, verbunden mit L. 1. §. 5. D. ad leg. Corn. de sicar., und verglichen mit Mosaicarum et Rom. leg. collatio, tit. I. §. 7. u. IV. §. 3. 10., Paulus, R. S. V. 23. §. 12., am deutlichsten zu ergeben scheinen. Aber wohl verstanden und wie gesagt, müssen zur Entschuldigung der im Affecte verübten Handlung sich alle vier Momente vereinigen. Mangelt das eine oder das andere, so bleibt zwar, sofern keine absolut bestimmte, sondern eine arbiträre Strafe in Anwendung kommt, die der menschlichen Natur verzeihlichere Triebfeder noch immer als mildernd, oder vielmehr strafmindernd in Berücksichtigung, allein sie kann die Art der auch bei nüchternem Muthe unter der gleichen äußeren Thatererscheinung begründeten Zurechnung nicht verändern. Fehlt es also a) an einem vollkommenen gerechten Schmerze, der aus dem Gefühle eines erlittenen oder bevorstehenden Uebels nur dann entspringt, wenn dieses zugleich ein abzuwehrendes oder Genugthuung heischendes Unrecht ist, keineswegs aber, wenn wir dasselbe als ein wohlverdientes oder geduldig auf uns zu nehmendes Schicksal zu betrachten haben, so muß das, obgleich schon nach der Hypothese des Affectes unvorgesehene und gegenwärtige, Uebel bedeutend sein, um nur strafmildernd zu wirken, da so leicht auch das davon ergriffene Gemüth den Willen hinreißt, doch der Verstand dadurch nicht bestochen wird, so daß man einen solchen keineswegs unbewußten Trieb der sogenannten manie sans delire vergleichen möchte. Aus diesem Grunde ist der vorhin erwähnte überraschte Dieb, dem es

27) Vergl. Grolman, Grundsätze der Cr.-R.-W., §. 229; Weber, über Injurien, Abth. II, S. 52 flg. Es genügt die Gleichartigkeit der Injurie, mag die erwiederte Ohrfeige, der Peitschenhieb auch etwas derber ausgefallen sein, und einen nicht beabsichtigten Schaden zur Folge gehabt haben. Diß scheint wenigstens in der L. 52. §. 1. D. 9. 2. zu liegen. Eine andere Frage wäre die, ob ich bloße Schimpfreden mit Schlägen erwiedern darf. Daß übrigens der Affect an sich bei Injurien die Strafe nicht aufhebt, hat Lauterbach richtig aus der L. 5. C. de iniuriis gefolgert, und hat seinen natürlichen Grund darin, daß eigentliche Schimpfreden bei kaltem Blute nicht ausgestoßen werden. Entspringt nämlich die Erbitterung aus einer blos vermeintlichen Beleidigung, so fehlt das, was sie nur indirect straflos macht, nämlich die objective Tilgung des Klagrechtes durch die exceptio doli. Alles dieses ist Folge davon, daß der Affect den generellen dolus niemals aufhebt.

nicht um das Fortbringen der gestohlenen Sache, sondern um das glückliche Entkommen zu thun ist, nur in so weit entschuldigt, als ihm angelegen war, seine Rettung auf die für den Damnificaten am wenigsten empfindliche Weise zu bestreben, und als wir dieses zu vermuthen noch Grund haben. Bei jeder ihm angezeigt gewesenen Wahl eines minder gefährlichen Vertheidigungsmittels wird sich also die Wage der Gerechtigkeit zum eventuellen dolus hinneigen, obgleich, so lange die That sich aus einer minder strafbaren Absicht erklären läßt, er minder scharf beurtheilt werden wird (paulo remissius circa interpretationem doli mali versari debemus), als der bewaffnet zum Verletzen ausgegangene und darauf gefaßte Dieb. Auch die Eingebungen der Furcht vor Ungerechtigkeiten verlieren sich meist in eine blos objective Beurtheilung, weil die Fundamente der bürgerlichen Ordnung eine zuvorkommende oder zu weit verfolgte Selbsthilfe auf das Ungewisse hin nicht nachzusehen erlauben. Steht b) die zugefügte Verletzung mit dem an sich gerechten Schmerze in einem zu auffallenden Mißverhältnisse der dafür sich genommenen Genugthuung, so wird der Handelnde diese Ausschweifung, wovon er, da nicht der Affect, sondern er handelt, ohne eine unmöglich zu beachtende Unart seiner Individualität (saevitia) einen Schimmer der Rechtswidrigkeit behalten mußte, zu büßen haben, und die sonst angezeigte Aufgeregtheit, Heftigkeit und Raschheit, womit er gehandelt hat, steht dem eventuellen Vorsatze nicht entgegen, welcher in dem Unterlassungsverbrechen unverkennbar ist, daß man so seiner Hitze weder nachgeben, oder gar ihr nachzugeben sich angewöhnen soll. Daß endlich c) bei der Abwesenheit der vierten, mehr negativen Bedingung sogar bestimmte Absicht, und also voller dolus anzunehmen ist, bedarf keiner Erörterung. In wie fern jedoch ein geringerer Grad von Ueberlegung, welchen die Begehungsart zu erkennen gibt, alle Werkzeuge des Affectes aufhebt, ist eine nicht zu unserer gegenwärtigen Untersuchung gehörige Frage von oft difficiler Art, welche bei dem Unterschiede zwischen Mord und Todtschlag sehr erheblich wird. Es hängt dieses von der Art des Verbrechens ab. So haben die Criminalisten, namentlich S. Fr. Böhmer und Roßhirt, a. a. O., stets angenommen, daß bei Brandstiftungen der dolus repentinus oder praemeditatus keinen Unterschied mache. Wer nach einer erfahrenen Beleidigung in der Nacht sich aufmacht, seinem Gegner das Haus über dem Kopfe oder die Scheuer anzuzünden, darf sich mit keinem Affecte entschuldigen, aus dem doppelten Grunde, weil dieser offen handelt und gar nicht befriedigt wird, wenn nicht der Beleidiger fühlt, von wem die Vergeltung kommt, dann aber wegen der unerläßlichen Zurüstung und heimlichen Ausführung. Aehnliches gilt von der Vergiftung, die wenigstens mit dem Zorne nicht zu entschuldigen ist, und noch mehr von dem Reize einer unvorgesehenen Gelegenheit, welche durch die sich darbietende Beute zu einem Raubmorde versuchen würde, wo, selbst wenn Noth hinzukäme, die rasche That aus keinem an sich unschuldigen Affecte, sondern aus einer in der Wurzel widerrechtlichen Begierde nach fremdem Gute entspringt. Sonst müßte man am Ende den hellen Neid dessen, der sich darüber ärgert, nicht so reich zu sein und nicht so comfortabel zu leben, wie der

Nachbar, in seinen Eingebungen mit dem Affecte entschuldigen, während nur offene Abwehr oder Vergeltung neben der Sympathie für den Beschädigten zugleich eine Sympathie für den Thäter erwecken, welche die Handlung des letzteren auf ein der Art und dem Grade nach geringeres Vergehen bezieht.

Nachdem wir den eventuellen dolus zu erklären und in der Mannichfaltigkeit seiner Richtungen zu beleuchten versucht haben, kehren wir zu der schon angeführten Bemerkung des verdienten Hufnagel zum Artikel 57 des württemb. Strafgesetzbuches zurück, welcher an der oben abgebrochenen Stelle sogleich fortfährt: „Es würde keine richtige Auslegung sein, wenn man hierin finden wollte, daß der bestimmte und der unbestimmte, der alternative und der eventuelle rechtswidrige Vorsatz in der Strafbarkeit einander ganz gleichgestellt seien," und ihre Verschiedenheit mit den Motiven zu vereinigen sucht. Mit dieser Ansicht, insbesondere der geringeren Strafbarkeit des blos eventuellen dolus stimmen schon die alten Vertheidiger des dolus indirectus überein, welche nicht nur eine aus indirectem Vorsatze begangene Tödtung mit dem Begriffe eines Mordes für incompatibel erklärten [28]), sondern auch bei den aus einem solchen Vorsatze hervorgegangenen Tödtungen in den milderen Fällen nach dem damaligen Rechte von der gesetzlichen Todesstrafe abzugehen erlaubten [29]), auf deren nothwendige, die Begriffe des Zeitalters empörende Anwendung sich die Gegner dieses dolus am meisten gesteift hatten. In Bezug auf geringere Strafbarkeit des eventuellen dolus stimmt v. Weber a. a. O. bei. Auch nach unserer Ausführung müssen wir diesen bloßen Zuwachs zu einem minder strafbaren bestimmten Vorsatz von einem auf den eingetretenen schwereren Erfolg gerichteten bestimmten Vorsatz in einem Punkte wesentlich verschieden behandeln, weil er, sofern zu seinem Begriffe schon die bloße Gefahr oder die Wahrscheinlichkeit genügt, sobald dem Verbrecher nur sein Gewissen sagt, daß er Anstifter dieser Gefahr, und dieselbe zu verhüten schuldig ist, bei ausbleibendem Erfolge wohl als ein aggravans des verübten geringeren Verbrechens, aber keineswegs nach dem Verhältnisse eines Versuches bestraft werden darf. Was aber die bei eingetretenem Erfolge in Anwendung zu bringende Strafe betrifft, so haben die neueren Strafgesetzbücher, welche nur den Mord mit der einfachen Todesstrafe belegen, und auf die im Affecte verübten Tödtungen und Körperverletzungen keine absolut bestimmten Strafen mehr setzen, den Streit darüber sehr unpraktisch gemacht, da der Richter nicht gehindert ist, in den Fällen des blos eventuellen dolus innerhalb der Rahme herunterzugehen. Nur die schwereren

28) Quistorp, Grundsätze des P. R., §. 253, dem auch der jüngste Herausgeber desselben, Klein beizustimmen scheint. de Boehmer ad Carpzov. qu. 22. obs. 3. 5. und ad art. 137. C. C. C. §. 17. Anderer Meinung war jedoch Koch (inst. iur. crim. §. 455), der übrigens das Wort muthwillig im Art. 137 der H.-G.-O. nicht im Sinne des sechszehnten Jahrhunderts zu verstehen scheint.

29) G. J. Fr. Meister, principia iuris crim. communis (ed. tert. 1798), §. 138. ibique cit. nota b.

Fälle eines vorausgesehenen unvermeidlichen Erfolges, in welchem ein schon an sich in der Strafbarkeit nahe stehendes Verbrechen übergegangen ist, wie namentlich bei den angeführten Beispielen der Giftmischung, Brandstiftung und Nothzucht, sollten auf eine solche schonende Beurtheilung billig keinen Anspruch haben, weil sie mit dem bestimmten verbrecherischen Vorsatze unmittelbar zusammenfallen. Unsere Criminalisten werden sich übrigens hier dadurch helfen, daß sie ihren sogenannten alternativen Vorsatz annehmen, oder einen generellen, dessen Erfolg zwar specifisch ungewiß, aber gleich strafbar ist, wie ihn auch der nicht mehr zu beherrschende Zufall gestalten möge.

Wir haben in unserer Ausführung auf unsere positiven Rechtsquellen so oft Bezug genommen, daß wir uns bei der alten Streitfrage, ob diese Erweiterung des dolus, welche in eine Zweideutigkeit hinüberspielt, wie sie uns bei unmöglich scharf abzugrenzenden Begriffen der moralischen Welt nicht selten begegnet, und wegen der Unvermeidlichkeit solcher Uebergänge nicht mit Christiani [30]) als distinctio aequivoci in sua aequivocata getadelt werden darf, auch in ihnen gegründet ist. Ausdrücklich ist dieser Begriff freilich nirgends aufgestellt oder eigentlich definirt, aber er springt doch aus vielfältigen Anwendungen hervor. Obgleich nicht ganz genügend, doch auch gewiß nicht unglücklich war die Berufung der alten Vertheidiger des dolus indirectus auf die L. 6. C. ad legem Iuliam de vi und die L. 38. §. 5. D. de poenis. Nicht ohne Schein wendete man zwar dagegen ein, diese Stellen enthalten singuläre Verordnungen. Die böse Sitte der Selbsthilfe und der Unfug der Liebestränke und Kindsabtreibungen habe den Gesetzgeber Roms so gut bestimmen können, bis zur Todesstrafe aufzusteigen, wie solches in Teutschland hinsichtlich des Landfriedensbruches am Ende des funfzehnten und sechszehnten Jahrhunderts geschehen sei. Allein abgesehen davon, daß die erste Stelle ein vielleicht durch einen besonderen Fall veranlaßtes und auf Anfrage ertheiltes Mandat gewesen sein könnte und daß die Stellen des Paulus (vergl. R. S. V. 23. §. 14, woselbst diese Abtreibungen unter die lex Cornelia gestellt werden) auf gar keine besondere Constitution zurückweisen, so werden diese Entscheidungen durchaus nicht als ein anomales oder singuläres Recht begründet, und diese Ansicht muß verschwinden, wenn wir sie mit dem Buchstaben und Geiste der lex Cornelia de sicariis verbinden, welche, obgleich ursprünglich einen dem speciellen Thatbestande völlig angeschmiegten dolus voraussetzend (dieß ist wohl die richtigste Uebersetzung des bekannten in lege Cornelia dolus pro facto accipitur), schon dem Buchstaben nach den aufs Rauben und Stehlen bewaffnet ausgegangenen Verbrecher befaßte, dem es nicht gerade zunächst ums Tödten zu thun ist, obwohl Sylla eigentlich die gewerbsmäßigen Räuber, Banditen und Brandstifter vor Augen haben mochte, womit Italien, in Folge der bürgerlichen Kriege, in Banden überschwemmt

30) Koppe, Magazin, erster Jahrgang, S. 300. Nenne man ihn immerhin einen Zwitterbegriff, solche Zwitter- oder Spielarten begegnen uns ja schon in der natürlichen Welt in einer vergeblich zu bestreitenden Wirklichkeit.

war, wie wir noch aus den Schriften des Cicero, namentlich aus seiner Rede für den Milo ersehen, so daß man sogar in der Nähe der Vorstädte zur Nachtzeit selbst in starker Begleitung vor dem Ueberfalle solchen Gesindels nicht sicher war, dem es bei dem Rauben auf das Morden nicht ankam, und durch die Praxis auf die gewaltthätige Occupation fremder Grundstücke mit einer bewaffneten Rotte, die naufragos suppressos etc., bis zum allgemeinen Grundsatze, nihil interest, occidat quis, an mortis causam praebeat, ausgedehnt wurde, welcher gewiß nicht auf einen nothwendigen und unvermeidlichen Erfolg beschränkt werden darf, sondern schon anwendbar ist, wenn der Erfolg von dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu besorgen ist. Wenn es also gleich aus triftigen historischen Gründen nicht zu bezweifeln steht, daß der ursprüngliche Sinn der lex sich auf einen schärferen Begriff des dolus bezog, der demjenigen vollkommen gleich ist, welchen wir mit dem Begriffe des Mordes verbinden, so kann dieses doch nicht von der, sowohl zur Ausgleichung der Unbilligkeiten einer blos buchstäblichen Subsumtion namentlich der im Affecte verübten Tödtungen ꝛc., als zur Ausfüllung einer von ihr gelassenen fühlbaren Lücke allmälig sehr erweiterten und zugleich in den Strafbestimmungen modificirten lex gelten, welche in unserem Corpus iuris unter diesem Titel auf uns übergegangen ist, und man hätte trotz der in der Mitte liegenden Halsgerichtsordnung, welche doch aus dem fremden Hilfsrechte näher bestimmt werden durfte, schon nach dem früheren Zustande unserer Rechtsquellen sehr erhebliche Gründe gehabt, die milderen Fälle des dolus eventualis mit einer geringeren, als der Todesstrafe abzuwandeln. Gewiß aber ist, daß bei anderen Verbrechen, namentlich bei der Brandstiftung, wo nur das sciens prudensque gefordert und die luxuria dolo proxima dem Vorsatze gleichgestellt wird, unsere Quellen den dolus von der culpa lata keineswegs so scharf getrennt haben, daß sie gar keine Uebergänge zulassen; daher auch zwei große Juristen[31]) geradezu den Grundsatz aufgestellt haben, die letztere stehe nicht nur civilrechtlich, sondern auch strafrechtlich dem ersteren völlig gleich, was jedoch sehr cum grano salis von der als culpa dolo proxima hervorgehobenen zu verstehen, welche der Strafrichter nicht so leicht, als der Civilrichter voraussetzen darf. Endlich aber ist es eine Folge unserer Entwickelung dieses unvermeidlichen Zwitterbegriffes, daß auf alle diejenigen Verbrechen, deren specieller Thatbestand in keinem von der Handlung des Verbrechers trennbaren Erfolge besteht, und welche eine jede blos culpose Begehung von selbst ausschließende eigenthümliche Beschaffenheit des bösen Willens so wesentlich erfordern, daß sie ohne diese gar nicht verübt werden können, wie namentlich der Diebstahl, der Betrug, die Fälschung, der dolus eventualis schlechterdings nicht anwendbar ist. Wer z. B. einem Anderen eine vergoldete Uhr feil bietet, in der Absicht, sie ihm auch dann anzuhängen, wenn er unvorsichtig genug sein sollte, sie für massives Gold zu halten,

31) H. Donellus, comm. J. C. L. XV. c. 7. Anton Faber, de erroribus pragmaticorum. Dec. 76. Err. 3. v. Löhr, Theorie der Culpa, S. 29.

begeht durch das allgemeine Anbot, was gibst du mir für diese Uhr, ohne sie für golden auszugeben, noch keinen Betrug, sondern erst in dem Augenblicke, wenn er den Irrthum des Anderen bemerkend, diesen unterhält und benutzt, und dann fällt der Effect mit seiner Handlung untrennbar zusammen. Wer einem Anderen eine Sache wegnimmt, die er für die seinige hält, oder in dem Glauben, es geschehe mit dessen Bewilligung, begeht keinen Diebstahl, wenn es sich auch in der That ganz anders verhält. Der Grad des Leichtsinnes, womit er sich seinen Irrthum in den Kopf gesetzt, entscheidet nichts, und wenn er selbst noch im Zweifel stand, so kommt es darauf an, welcher Gedanke im Augenblicke der Wegnahme der vorherrschende war. Wird er seinen Irrthum erst später inne, so begeht er von nun an eine Unterschlagung, wenn er sie behält. Es würde uns zu weit führen, wenn wir durch Beispiele zeigen wollten, wie nahe selbst bei den schwersten, aber vom Erfolge gar nicht abhängigen Staatsverbrechen die höchste Schuld und völlige Strafloſigkeit an einander grenzen, und daß dieses der wahre Grund gewesen sein könnte, warum der große Dictator Sylla sich bewogen fand, den Ankläger keiner Untersuchung wegen Calumnien zu unterwerfen, da er doch nach dem Thatbestande des Verbrechens, welche so leicht in dem Floh einen Elephanten zu sehen erlaubt, der bösen Absicht schwer zu überführen sein würde. Wenigstens paßt auf die Verläumdung Aehnliches, was wir vom Betrug und Diebstahl gesagt haben. Auch darüber stehen wir, übereinstimmend mit den schon citirten Schriftstellern, nicht im Zweifel, daß ein Mord aus blos eventuellem Vorsatze ein innerer Widerspruch wäre. Da müssen wir zu der scharfen Bedeutung des ursprünglichen Sinnes der lex Cornelia zurückkehren, und dürfen nach der That nichts als Mord strafen, was nicht vor der That als Versuch desselben zu strafen war. Paulus R. S. V. 23. §. 3. Nun frage sich Jeder, ob ein nicht einmal schwankender, sondern bestimmt nur auf Körperverletzung gerichteter Vorsatz als versuchte Tödtung bezeichnet und bestraft werden kann? — Gewiß weit weniger, als der Vorsatz im Affecte, wo es nur dann möglich ist, wenn man einen bestimmten Vorsatz annehmen darf, und das delictum perfectum ohne Erfolg blieb.

Um unsere Betrachtungen über den Gattungsbegriff, den wir subjectiv auf die innere Schlechtigkeit und Stärke des bösen Willens und objectiv auf die Verletzung oder Gefährdung irgend eines durch das Strafgesetz geschützten Gutes zurückzuführen unternahmen, zum völligen Abschlusse zu bringen, dürfen wir eine Schwierigkeit nicht unberührt lassen, welche der sehr zu beachtende Unterschied zwischen natürlichen und positiven Verbrechen, oder zwischen delictis iuris gentium und iuris civilis in den Weg zu legen scheint. So leicht jene Definition mit den ersteren zu vereinigen ist, weil in ihnen das Strafgesetz gerade solche Handlungen als Verbrechen bezeichnet hat, deren Strafwürdigkeit und Rechtswidrigkeit schon dem schlichten Rechtsgefühl und dem ungebildeten Verstande einleuchtet, oder deren politische Nothwendigkeit wenigstens so nahe liegt, daß Jeder sich selbst fragen mußte, ob sie nicht auf irgend eine Weise im Gesetze vorgesehen seien, so scheint doch in Beziehung auf die an-

deren, diese Regel einen Abfall zu leiden. Bei ihnen scheint die Feuerbach'sche Definition besser zu passen, welche, mit Abstraction von einem solchen dem Gesetz vorangegangenen Prius, das Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit des Begehrens als wesentlich hervorhebt. Nichts scheint natürlicher, als das Verbrecherische solcher nicht unmittelbar und durch sich selbst für strafwürdig erkannten Handlungen auf einen Ungehorsam zurückzuführen, dasjenige nicht zu beobachten, was die gesetzgebende Gewalt zur Verhütung übler Folgen zu verbieten für nöthig erachtet hat; so wie auf der anderen Seite der Staatsbürger nicht dafür verantwortlich gemacht werden kann, wenn er ähnliche, an sich nicht verdammungswerthe, aber in dieser Vorsorge nicht mit befaßte Handlungen sich erlaubt, welche dieselben Folgen für die Sittlichkeit, Sicherheit oder den Wohlstand nach sich ziehen können. So wahr dieses ist, und so gewiß eine solche blinde und passive Obedienz, welche nicht darnach fragen darf, ob die Gründe des Gesetzes auch im besonderen Falle zutreffen, dafür aber auch nur für das Befohlene verpflichtet ist, eintritt bei jenen absoluten Verboten, welche nur in Bausch und Bogen wirksam, der subjectiven Beurtheilung nichts überlassen dürfen, weil gerade aus diesem Ueberlassen die zu verhütende Gefahr entspringen würde, so ist doch nicht zu verkennen, daß solche Verordnungen, da die Gesetzgebung in der Regel einen edleren Gehorsam, dem Herz und Verstand auch im Einzelnen beipflichtet, voraussetzt und auf eine freiwillige Theilnahme berechnet ist, als wahre iura singularia eine Ausnahme bilden, welche durch die eigene Einsicht des Unterthanen von der politischen Nothwendigkeit einer Ausschließung einer solchen Discretion die Regel bestätigt, daß aber immerhin auch solche Verordnungen einer Auslegung bedürfen, und sie, eben weil sie zu mehr, als dem Verbotenen nicht verpflichten wollen, zulassen müssen, damit Jeder sich vergewissere, was er richtig zu befolgen hat, und was er bleiben lassen darf, daß endlich Birnbaum so unrecht nicht hat, daß diese den Unterschied zwischen dolus und culpa, oder die geringere oder größere Schuld, nicht mehr beachtenden iura singularia immer etwas Mißklingendes haben, wenn sie sich nicht auf bloße polizeiliche Strafen beschränken. So wird derjenige, welcher ohne polizeiliche Ermächtigung ein Stilet im Besitz hat, oder derjenige, welcher mit Uebergehung der Sicherheitsvorschriften Gift abgab, sich nicht damit entschuldigen können, daß es ohne die geringste böse Absicht geschehen, weil Jener den Dolch zu einem Zuckermesser gebrauchen wollte, dieser beim Abgeben überzeugt gewesen, daß kein Mißbrauch damit getrieben werde. Eben so wird der Beamte, welcher verbotswidrig von einer Partei oder von einem Amtsuntergebenen ein Geschenk annahm, sich vergeblich damit ausreden, daß dieses Geschenk auf seine Amtshandlungen, oder auf sein Amt nicht die geringste Beziehung gehabt, wie es bei solchen, welche, wie Hochzeitgeschenke von den Verwandten seiner Braut, eine besondere Veranlassung haben und als Höflichkeiten nicht gut abgelehnt werden konnten, ein möglicher Fall ist. Doch muß man zugeben, daß diese Anwendung in eine große Härte ausarten würde, wenn das Gesetz auf eine solche Geschenkannahme nicht blos correctionelle Strafen, sondern geradezu die Dienstentsetzung gedroht hätte, und daß die Römer

die vorher gedachten Fälle schwerlich unter die lex Cornelia oder unter die lex Iulia de vi publica gestellt haben würden. Eben so wird man Birnbaum beipflichten, daß, wenn gleich der Artikel 399 des Code pénal[32]) den Schlossern das Nachmachen fremder Schlüssel bei einer unserem Zuchthause gleich kommenden schweren peinlichen Strafe scheinbar unbedingt zu verbieten scheint, dennoch der Schlosser nicht unter diesen Artikel gestellt werden könnte, welcher erweislich, um seinem guten Freunde eine Ueberraschung zu bereiten, das nicht bestellte, aber für seine Inquilinen bedürftige Duplicat eines Hausschlüssels verfertigt hätte. Denn so allgemein das Verbot lautet, so beweist doch seine Stellung unter dem Titel vom Diebstahle, daß es nur solche Nachfertigungen im Auge hat, für deren Mißbrauch der Meister nicht so, wie für sich selbst, einstehen kann, was besonders dann der Fall ist, wenn solche Schlüssel besonders nach bloßen Abdrücken von dritten Personen bestellt werden, wobei ein dolus eventualis in der Regel gar nicht zu verkennen ist. Wer zum Scherz ein Anstellungsdecret für einen Bekannten verfertigt, um diesen, dem er es auf der Post zukommen läßt, zum Besten zu halten, wenn er sich für den Glücklichen hält und zu dem erhaltenen Amte gratuliren läßt, begeht, so unziemlich dieser Scherz ist, wenigstens keine Fälschung öffentlicher Urkunden. Denn dazu fehlt die charakteristische Absicht, daß von der noch so geschickt nachgemachten Urkunde als einer ächten ein irgend Jemand legitimirender Gebrauch gemacht werden soll. Aber wie, wenn der gute Freund davon im Ernste Gebrauch machte, wäre da wenigstens nicht eventueller dolus vorhanden? — Hält er sie für ächt, so begeht er kein falsum (vergl. L. 31. D. de l. Cornelia de falsis), und es fällt also auch die Möglichkeit dergleichen Zurechnung bei dem Anderen, als angeblichen Anstifter weg, der wegen des verschuldeten Unfuges nur als Injuriant zu bestrafen ist. Erkennt er aber die Falschheit, ohne nach der Absicht des Urhebers zu fragen, so begeht er ein für sich bestehendes falsum. Dagegen verfällt der solideste Mann, der in der unschuldigen Absicht unter fremdem Namen incognito zu reisen, sich einen falschen Paß verschafft, in dieses, wenn auch verhältnißmäßig mild zu bestrafende Vergehen, weil er, so wenig er schaden will, doch öffentliche Interessen verletzt. Denn die Maßregeln der Sicherheitspolizei, welche die Regierung anzuordnen, dem Publicum schuldig, und also darauf zu halten berechtigt ist, erlauben keinen Scherz, und mit der Obrigkeit soll man keinen Spott treiben.

Ueber die Streitfrage, ob dolus zu vermuthen, und die Art, wie er zu beweisen, welche neben dem Bekenntnisse schon nach unserer Halsgerichtsordnung, ohne Unterschied, ob Todes-, Leibes- oder Freiheitsstrafe zu erkennen, auch den hier allein möglichen künstlichen Beweis durch In-

---

32) Quiconque aura contrefait ou altéré des clefs, sera condamné à un emprisonnement de trois mois du moins, deux ans de plus et à une amende de 25 à 150 francs. Si le coupable est un serrurier de profession, il sera puni de la reclusion, le tout sans preiudice des plus fortes peines, s'il y etoit en cas de complicité de crime.

dieien zuläßt, beziehen wir uns auf den ausgezeichneten Artikel Beweis in Strafsachen. Ohnehin ergeben sich aus unserer detaillirten Begriffsentwickelung die Anhaltpunkte, welche den Richter leiten müssen, so sehr von selbst, daß es eine unnöthige Wiederholung wäre, diese noch besonders aufstellen zu wollen. Nur Eines bin ich dem Andenken eines verewigten Lehrers und Gönners zu bemerken schuldig, daß die von ihm vertheidigte praesumtio doli gar nicht in dem Sinne gemeint war, in welchem sie aufgefaßt worden ist. Er verstand darunter keine praesumtio iuris, sondern nur die sich gewöhnlich darbietende praesumtio hominis. Ihm war über die durchgängige Analogie der beiden Elemente unserer Rechtswissenschaft, der Interpretation und der Imputation, ein Licht aufgegangen, wovon die eine sich auf Willenserklärungen, die andere auf freie Handlungen bezieht, und für beide die unwillkürlichen Folgen ausmittelt. So wie die erste stets von der grammatischen Auslegung ausgehen wird, daß das, was der Mensch gesagt habe, auch das sei, was er sagen wollte, so müsse auch, da bei dem Menschen Alles sprechend sei, für die Zurechnung die niemals indifferente sinnliche Erscheinung der That als empirische Basis dienen, um nicht das δῶς μοὶ, ποῦ 'σω zu verlieren. So wie aber auf der anderen Seite die grammatische Auslegung, ja die niedere Hermeneutik mit allen ihren historischen Hilfsmitteln, der logischen Interpretation oder der höheren Hermeneutik coordinirt sei, ohne daß sich zwischen beiden ein allgemeiner Vorrang bestimmen lasse, den nur ihre relative Dignität im besonderen Falle entscheide, so verstehe es sich auch von selbst, daß die tiefere Forschung nicht bei jenen ersten Resulaten stehen bleiben und den Kampf mit jeder anderen möglichen Erklärungsweise abweisen dürfe, bei dem sich die zu einer Vermuthung weder für das Eine, noch für das Andere berechtigte Justiz neutral verhalten müsse. Dr. Zirkler.

**Doppelehe**, Bigamie, auch zweifache oder mehrfache Ehe, Polygamie[1]) genannt, ist ein Verbrechen, dessen sich derjenige schuldig macht,

---

1) Der Ausdruck Bigamie oder zweifache Ehe ist insofern etwas zu eng, als auch das Eingehen der dritten, vierten u. s. w. ehelichen Verbindung unter den Begriff dieses Verbrechens subsumirt werden muß. Vgl. Wächter, Abhandlungen aus dem Strafrechte (Leipzig 1835), Bd. 1, S. 144, Note 2. Wenn Heffter, Lehrbuch des gemeinen teutschen Criminalrechtes, §. 449, Note 1, dagegen behauptet, daß die dritte und vierte Ehe eines Verheuratheten immer nur in Beziehung auf die erste giltige Ehe strafbar, und insofern immer zweifache Ehe sei, so ist das nicht ganz richtig. Man setze den Fall: es geht Jemand eine dritte Ehe ein zu einer Zeit, da zwar seine erste giltige Ehe bereits aufgelöst war, seine zweite bigamische ungiltige Verbindung jedoch noch fortbestand, und nur wegen inzwischen eingetretener Verjährung nicht bestraft werden kann. Wegen vollendeter Bigamie wird er zwar nicht bestraft werden können, da dazu, wie weiter unten gezeigt werden wird, allerdings eine noch bestehende giltige Ehe erforderlich ist, allein nach Heffter's Ansicht würde er nicht einmal mit der Strafe der versuchten Bigamie belegt werden können. Das kann aber nicht angenommen werden, da die dritte Verbindung auf jeden Fall in der Absicht eingegangen wird, den bei Eingehung der zweiten Verbindung übernommenen Verpflichtungen zuwider zu handeln. Ueberdieß muß die Auflösung einer ehelichen

der eine eheliche Verbindung eingeht, während er wußte, daß eine bereits früher von ihm eingegangene Ehe noch fortbestand[2]). Manche nennen es doppelte Bigamie, wenn beide Theile, welche die bigamische Verbindung miteinander eingehen, noch durch eine frühere fortbestehende Ehe gebunden waren, wobei sie alsdann, wenn nur ein Theil verheurathet war, von einfacher Bigamie sprechen. Indessen sind an diesen Unterschied, welcher dem bei dem Ehebruche herrschenden Sprachgebrauche, nach welchem man zwischen doppeltem und einfachem Ehebruche unterscheidet, nachgebildet ist, keine weiteren gesetzlichen Folgen gebunden[3]). Jedes Falles macht sich auch bei der einfachen Bigamie der unverheurathete Theil des Verbrechens schuldig, wenn ihm nur bei Eingehung der Verbindung bekannt war, daß der andere Theil in einer noch fortdauernden ehelichen Verbindung gestanden[4]). Im römischen Rechte ist das Verbrechen der Bigamie zum Theil nach anderem Gesichtspunkte aufgefaßt, als es nach heutigem gemeinen Rechte geschehen muß. Dieser verschiedene Gesichtspunkt läßt sich schon aus der verschiedenen Strafe entnehmen, die in beiden Gesetzgebungen auf das Verbrechen gesetzt ist. Während sich nämlich das römische Recht darauf beschränkt, den Mann, der zu gleicher Zeit zwei Frauen, und die Frau, die zu gleicher Zeit zwei Männer habe, für infam zu erklären[5]), ist in der Carolina verordnet, daß ein Ehemann, der eine andere Frau, oder eine Ehefrau, die einen anderen Mann in Gestalt der heiligen Ehe bei Lebzeiten des ersten Ehegatten nehme, mit keiner geringeren als der Strafe des Ehebruches bestraft werden solle[6]). Der Verfasser der Carolina entschul-

---

Verbindung, welcher ein trennendes Ehehinderniß entgegensteht, und welche also an sich nichtig ist, immer auf dem Wege einer Sentenz erfolgen, indem es aus naheliegenden Gründen den Parteien nicht überlassen sein kann, eigenmächtig auseinander zu gehen. Cap. 3. X. de divortiis. (4. 19.) Vergl. Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechtes, Th. 2, S. 454.

2) Die sogenannte successive Polygamie, welche vorhanden ist, wenn Jemand nach aufgelöster früherer Ehe eine neue Ehe eingeht, ist also von dem Begriffe des Verbrechens gänzlich ausgeschlossen. Wenn daher die Civilisten von Strafen sprechen, welche das römische Recht aus einem gewissen odium gegen diese gesetzlich gestatteten zweiten Ehen angeordnet habe, so ist das nur uneigentlich zu verstehen, indem sich diese Strafen auf gewisse Vorkehrungen beschränken, welche zum Besten der Kinder erster Ehe getroffen worden sind. Vgl. Wächter a. a. O. S. 146. Von der Kirche wurden indessen solche Ehen allerdings nicht gern gesehen, von welcher Ansicht sich im späteren Kirchenrechte noch so viel erhalten hat, daß die zweite Ehe nicht eingesegnet wurde. Vgl. Eichhorn a. a. O. S. 452.

3) Vgl. Wächter, Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechtes, §. 216.

4) Vgl. über diesen Punkt, über welchen viele ältere Criminalisten abweichender Meinung sind, Wächter, Lehrbuch, §. 215, Note 79.

5) L. 1. L. 13. §. 2—4. D. de his, qui notantur infam. (3. 2.) L. 2. C. de incestis nupt. (5. 5.) L. 7. C. de repudiis. (5. 17.) L. 18. C. ad leg. Iul. de adult. (9. 9.)

6) P. G. O. Art. 121. Die Strafe des Ehebruches, rücksichtlich welcher die Carolina Art. 120 auf das römische Recht verweist, war aber nach diesem die Schwertstrafe für den Ehebrecher, und für die Ehebrecherin Geißelung und Verstoßung in ein Kloster. §. 4. J. de publicis iudic. (4. 18.) Nov. 134. cap. 2.

digt sich wegen dieser Abweichung von dem römischen Rechte mit der Bemerkung, daß das Uebel, das in Gestalt zweifacher Ehe geschehe, auch ein Ehebruch sei, und noch überdieß größer als der Ehebruch, und also mindestens dieselbe Strafe als dieser verdiene. Da aber dem Ehebruche selbst im römischen Rechte die Schwertstrafe angedroht ist, und da in demselben auch in Ansehung anderer Fleischesvergehungen sehr harte Strafbestimmungen getroffen waren[7]), so läßt sich daraus, daß auf die Bigamie nur die Strafe der Infamie gesetzt ist[8]), mit Sicherheit schließen, daß bei dieser Strafbestimmung nur an solche bigamische Verbindungen gedacht war, mit welchen weder Ehebruch noch anderes Fleischesverbrechen concurrirte. Denn es ist ohne weiteres klar, daß diese Verbrechen blos darum, daß sie unter der Form oder unter Concurrenz der Bigamie begangen wurden, nicht gelinder angesehen werden konnten, als es außerdem geschehen sein würde. Daher konnte nach römischem Rechte die Ehefrau, welche während des Bestehens ihrer ersten Ehe eine zweite Ehe einging, wegen Ehebruches bestraft werden, wenn dessen Requisite vorhanden waren; ebenso konnte der Mann, der wußte, daß sie schon verheurathet war, und mit ihr concumbirte, als Ehebrecher bestraft werden. In ähnlicher Weise konnte den Mann die Strafe des Stuprum treffen, wenn er mit einer unverheuratheten persona honesta bigamischen Beischlaf vollzog, so wie auch diese Person selbst die Strafe des Stuprum verwirken konnte, wenn sie um die noch bestehende Ehe des Mannes gewußt hatte[9]). Eben so versteht sich von selbst, daß verwandte Personen, wenn sie bigamischen Beischlaf miteinander vollzogen, mit den Strafen des Incestes belegt werden konnten. Wenn daher im römischen Rechte der Bigamie blos die Strafe der Infamie angedroht ist, so ist dabei nur an die Bigamie an und für sich, an die Verletzung des Verbotes der Polygamie gedacht, ohne daß deswegen für den Fall, daß die Bigamie in ein anderes Verbrechen überging, härtere Strafen ausgeschlossen waren. Dieser letztere Punkt scheint aber in der Carolina wenigstens theilweise übersehen worden zu sein. Denn in der bambergischen Halsgerichtsordnung wird behauptet[10]), daß die kaiserlichen Rechte, worunter das römische Recht zu verstehen ist, gegen die Bigamie der Regel nach nur Infamie und Confiscation des halben

---

7) Die Strafe des Stuprum war nach römischem Rechte Confiscation der Hälfte des Vermögens, §. 4. J. cit., und konnte sogar bis zur Todesstrafe gehen, wenn eine Verführung stattgefunden hatte. L. 1. §. 2. D. de extraord. crim. (47. 11.) Ueber den scheinbaren Widerspruch zwischen §. 4. J. cit. und L. 1. §. 2. cit. vergl. meine Abhandlungen aus d. g. t. Strafrechte, Bd. 1, S. 244.

8) Es scheint übrigens, als habe außer der Infamie noch eine außerordentliche Strafe eintreten können. L. 11. §. 12. D. ad leg. Iul. de adult. (48. 5.) L. 2. C. de incest. nupt. (5. 5.) L. 7. C. de repudiis. (5. 17.) Theophilus, paraphras. Institut. lib. I. tit. 10. §. 6 u. 7, spricht sogar von einer Capitalstrafe. Vergl. darüber Wächter, Abhandlungen, S. 147 und 151.

9) Vgl. Wächter, Lehrbuch, §. 215, Note 72, und Abhandlungen, S. 150 u. 151.

10) Art. 146.

Vermögens, die Todesstrafe dagegen nur in dem Falle zulassen, da mit der Bigamie eine ehrliche Frau oder Jungfrau durch Ueberkommung fleischlicher Werke an ihrem ehelichen Leumund betrogen und verletzt worden sei. Daraus ergibt sich, daß der Verfasser der bambergischen Halsgerichtsordnung von der irrthümlichen Ansicht ausging, als habe im römischen Rechte die Bigamie nur als Stuprum bestraft werden können [11]), und demgemäß sind auch gegen dieselbe in der Bambergensis nur diejenigen Strafen angedroht, welche nach römischem Rechte gegen Stuprum verhängt werden konnten [12]). Die Carolina geht zwar ebenfalls von der irrthümlichen Voraussetzung aus, daß die Bigamie im römischen Rechte höchstens nur als Stuprum bestraft worden sei; es ist aber begreiflich, daß ihr diese Auffassung, welche sie dem römischen Rechte unterschob, nicht zusagen konnte. Denn da nach ihrer Ansicht in jeder Bigamie, mit welcher fleichliche Vermischung verbunden, ein wirklicher Ehebruch enthalten war, so wäre sie in Widerspruch mit sich selbst gerathen, wenn sie nicht für ihre Strafbestimmung den Gesichtspunkt des Ehebruches zu Grunde gelegt hätte [13]). Darum mußte sie erklären, daß die Bigamie auch ein Ehebruch sei, und also keiner geringeren Strafe als dieser unterliegen könne. Dabei fühlte sie wohl, daß die Bigamie eigentlich ein noch größeres Verbrechen sei, als der Ehebruch, weil ja in ihr ein arger Mißbrauch der heiligen Ehe enthalten war, aber sie konnte oder mochte wenigstens nicht über die Strafe hinausgehen, welche bereits im römischen Rechte auf den Ehebruch gesetzt war. Jeden Falles dachte die Carolina bei ihrer Strafbestimmung gegen „das Uebel, das in Gestalt zweifacher Ehe geschehe," nur an eine solche Bigamie, welche mit fleischlicher Vermischung verbunden war, da nur unter dieser Voraussetzung die bigamische Verbindung für einen Ehebruch ausgegeben werden konnte [14]).

Wenn daher die Bigamie in der Carolina wesentlich unter den Gesichtspunkt des Ehebruches gestellt ist, so muß zunächst darnach Begriff und Thatbestand derselben bestimmt werden. Deswegen gehört es zuvörderst zum Thatbestande der vollendeten Bigamie, daß die erste Ehe giltig eingegangen war, und zur Zeit der eingegangenen zweiten Verbindung noch fortbestand [15]). Denn ohne eine giltige noch bestehende Ehe kann auch

---

11) Diesen Irrthum, der sich auf L. 18. C. ad leg. Iul. de adult. (9. 9.) gründete, theilten auch viele ältere italienische Praktiker, welche bei Carpzov, pract. rer. criminal. qu. 66, nr. 15, nachgesehen werden können.

12) Vgl. oben Note 7.

13) Nach der römischen Ansicht hatte blos der Ehemann, nicht auch die Ehefrau das Recht, von dem anderen Theile die Treue zu verlangen, deren Verletzung das Verbrechen des Ehebruches bildete. Daher beging der Ehemann keinen Ehebruch, sondern nur Stuprum, wenn er mit einem unverheuratheten Frauenzimmer concumbirte. Nach der Carolina, Art. 120, kann sich dagegen auch der Ehemann gegen seine Frau des Ehebruches schuldig machen, so daß Bigamie, mit welcher fleischliche Vermischung verbunden war, in jedem Falle als Ehebruch erscheinen mußte.

14) Vgl. Wächter, Abhandlungen, S. 151, Note 13.

15) Vgl. Wächter a. a. O. S. 150.

nicht von einem vollendeten Ehebruche die Rede sein[16a]). Dagegen ist zum Thatbestande der vollendeten Bigamie nicht nöthig, was von einigen älteren Criminalisten dazu erfordert wurde, daß die erste Ehe durch wirklichen Beischlaf consummirt gewesen sei[16]). Denn davon sind nach teutschem Rechte nur einige privatrechtliche Folgen, keineswegs aber die Giltigkeit der Ehe und die Verpflichtung zur ehelichen Treue abhängig. Für fortbestehend ist die frühere Ehe anzunehmen, so lange sie nicht durch den Tod oder durch Scheidung getrennt worden ist[17]). Dabei kann in Ansehung gemischter Ehen die Frage entstehen, ob der katholische Ehegatte, der von seinem protestantischen Ehegatten durch das protestantische Ehegericht quoad vinculum getrennt worden ist, sich durch Wiederverheurathung bei Lebzeiten des geschiedenen Gatten der Bigamie schuldig mache. Die Frage scheint verneint werden zu müssen, da zwar die neue Ehe des katholischen Theiles nach den Grundsätzen des katholischen Kirchenrechtes nicht als giltig bestehen, aber doch auf keinen Fall als eine Verletzung der aufgelösten, also nicht mehr bestehenden früheren Ehe angesehen werden kann[18]). Durch eine bloße Trennung von Tisch und Bette, wird aber, wie sich von selbst ergibt, auch für Protestanten die Möglichkeit des Verbrechens nicht ausgeschlossen, da eben darin keine wirkliche Auflösung der Ehe enthalten ist. Inwiefern noch ein Versuch der Bigamie möglich sei, wenn es an dem Erfordernisse einer noch fortbestehenden giltigen Ehe mangelt, ist nicht unbestritten. Diejenigen Criminalisten, welche unrichtiger Weise das Dasein eines strafbaren Versuches in allen den Fällen in Abrede stellen, in welchen wegen mangelnden Objectes das Verbrechen nicht vollendet werden konnte, müssen consequenter Weise einen Versuch der Bigamie selbst in dem Falle leugnen, da Jemand eine zweite eheliche Verbindung einging, während er seiner irrthümlichen Meinung nach noch durch eine fortbestehende giltige erste Ehe gebunden war[19]). Auch diejenigen, welche der richtigen Meinung zugethan sind, und einen strafbaren Versuch auch da annehmen, wo das Verbrechen wegen mangelnden Objectes nicht vollendet werden konnte, wollen einen Versuch der Bigamie nur in dem Falle anerkennen, da der Verbrecher seine frühere Ehe für giltig gehalten hatte[20]).

15a) Vgl. Wächter a. a. O. S. 124.

16) Manche wollen, wenn die erste Ehe durch Beischlaf nicht consummirt war, nur eine minder strafbare bigamia impropria oder uneigentliche Bigamie annehmen; z. B. Boehmer, medit. in C. C. C. ad art. 121. §. 1; Quistorp, Grundsätze des teutschen peinlichen Rechtes, §. 467.

17) Die Carolina, Art. 121, dehnt zwar den Begriff der Bigamie aus auf alle bei Lebzeiten des ersten Ehegatten eingegangenen ehelichen Verbindungen. Es versteht sich aber von selbst, daß das für die Protestanten nur insofern gelten kann, als nicht die erste Ehe durch Scheidung aufgelöst ist. S. Feuerbach, Lehrbuch des peinl. Rechtes, §. 385, Note a.

18) Vgl. Ammon, in Zu-Rhein's Zeitschrift für Theorie und Praxis des bayerschen Civil-, Criminal- und öffentlichen Rechtes, Bd. 1, Heft 3, S. 297.

19) Z. B. Zachariä, die Lehre vom Versuche der Verbrechen, Th. 1, §. 11; Heffter, Lehrbuch des Criminalrechtes, §. 450, Note 1. Vergl. aber dagegen meine Abhandlungen aus dem gem. t. St.-R., Bd. 1, S. 279 flg., S. 477 flg., und Bd. 2, S. 198.

20) Wächter a. a. O. S. 150.

Es scheint aber noch weiter gegangen und ein Versuch der Bigamie auch noch in dem Falle angenommen werden zu müssen, da Jemand eine zweite Ehe eingeht, während eine früher von ihm eingegangene eheliche Verbindung, deren Ungiltigkeit er kannte, noch fortbestand. Denn so lange die erste ungiltige Ehe nicht durch richterlichen Spruch aufgelöst ist, hat Niemand das Recht, eine zweite Ehe einzugehen[21]), und jedes Falles würde durch diese letztere den bei Eingehung der ersten Ehe übernommenen Verpflichtungen, von welchen er nicht anders, als durch richterliche Sentenz entbunden werden kann, zuwider gehandelt werden[22]).

Wegen des angedeuteten Gesichtspunktes, unter welchen die Bigamie gestellt ist, muß es ferner zu dem Thatbestande des vollendeten Verbrechens gehören, daß zu dem Eingehen der zweiten ehelichen Verbindung Beischlaf hinzugekommen ist. Denn außerdem würde auch nicht von einem vollendeten Ehebruche die Rede sein können[23]). Fehlt es an diesem Erfordernisse, so ist bloßer Versuch der Bigamie vorhanden, unter der Voraussetzung, daß es an den übrigen dazu gehörigen Erfordernissen nicht mangelt[24]). Aus gleichem Grunde ist zur Bigamie der dolus erforderlich, ohne welchen es überhaupt keinen Ehebruch gibt, und der in dem Bewußtsein und der Absicht besteht, mit einer anderen Person zu concumbiren, als mit welcher man sich ehelich verbunden wußte[25]). Daher ist in dem Falle, da Jemand unter Beobachtung der äußeren Eheformen eine bigamische Verbindung eingeht, ohne geschlechtliche Absichten dabei zu haben, nicht einmal ein Versuch einer eigentlichen Bigamie vorhanden, indem vielmehr die Handlung alsdann als ein selbstständiges Verbrechen gegen die Religion aufgefaßt und nach anderen Grundsätzen beurtheilt werden muß[26]). Die Carolina bedient sich des Ausdruckes „betrüglicher Weise, mit Wissen und Willen", um den hier erforderlichen dolus zu bezeichnen. Manche Criminalisten legen auf die Worte „betrüglicher Weise" ein besonderes Gewicht, indem sie daraus herleiten wollen, daß der dolus noch außerdem auf eine Täuschung oder einen Betrug entweder gegen den ersten Gatten, oder gegen den die Trauung vollziehenden Priester oder gegen das Publicum gerichtet gewesen sein müsse[27]). Indessen ist diese

---

21) S. oben Note 1 a. E.

22) Hiermit stimmt Böhmer, a. a. O., überein, der sich vorzüglich darauf beruft, daß die in einer ungiltigen Ehe Lebenden dem Namen nach Eheleute seien und in Gestalt der heiligen Ehe leben, und bei Eingehung der zweiten Ehe auf jeden Fall die Absicht haben, den Gesetzen zuwider eine zweifache Ehe einzugehen.

23) Wächter a. a. O. S. 150. Ueber die abweichende Meinung Einiger, welche den Beischlaf nicht fordern, vergl. Wächter, Lehrbuch, §. 215, Note 78.

24) Einige Aeltere, z. B. Böhmer, a. a. O. §. 8, sprechen hier unpassender Weise von einer bigamia impropria.

25) Vgl. Wächter, Lehrbuch, §. 215, Note 80; Heffter, Lehrbuch, §. 450.

26) Es kann damit auch ein anderes Verbrechen concurriren, z. B. Betrug, wenn die Bigamie in der Absicht eingegangen war, eigennützige Zwecke damit zu verfolgen. Vgl. Heffter, Lehrbuch, §. 450, Note 4.

27) Vgl. Wächter a. a. O. Note 75, und Abhandlungen, S. 152.

Auslegung wohl unrichtig, da das Mitwissen oder die Einwilligung des anderen Gatten oder des Priesters nur die Wirkung haben kann, diese als Theilnehmer an dem Verbrechen erscheinen zu lassen, und da das Publicum nicht als eine moralische Person, welcher ein Recht, nicht getäuscht zu werden, zustände, angesehen werden kann. In allen Fällen wird zwar mit der Bigamie eine Täuschung gegen den Staat begangen, indem eine unrechtliche Verbindung unter dem Anscheine einer rechtlichen eingegangen wird, und deßwegen mögen vielleicht in der Carolina die angegebenen Worte gewählt worden sein; allein nicht diese Täuschung, sondern der in jeder Bigamie liegende Mißbrauch der Gestalt der heiligen Ehe ist der Grund, aus welchem dieselbe als ein besonderes Verbrechen hervorgehoben ist. Dagegen kann von einer culposen Bigamie, bei welcher das Bewußtsein der noch fortbestehenden früheren Ehe mangelte, wenigstens gemeinrechtlich keine Rede sein[28]).

Außer den angegebenen Erfordernissen gehört zum Thatbestande der Bigamie, daß die zweite Verbindung unter Beobachtung der äußeren Eheformen eingegangen wurde[29]). Hierin liegt das charakteristische Merkmal, durch welches sich die Bigamie von dem Ehebruche unterscheidet. Auch in Beziehung auf diesen Punkt muß dolus vorhanden sein, wenn das Verbrechen der Bigamie vorliegen soll. Der dolus besteht hier ebenfalls in dem Bewußtsein, daß die erste Ehe noch nicht aufgelöst war zu der Zeit, da die zweite eingegangen werden sollte. Daher ist es keine Bigamie, sondern bloßer Ehebruch, wenn Jemand eine zweite Ehe, welche er in der irrthümlichen Meinung eingegangen hatte, daß seine erste Ehe aufgelöst sei, fortsetzt, nachdem er von dem Fortbestehen derselben Kenntniß erhalten hatte[30]). War die Absicht gar nicht darauf gerichtet, daß die zur Eingehung einer Ehe nöthigen Formen beobachtet werden sollten, so kann auch nicht einmal von einem Versuche der Bigamie die Rede sein[31]). Ein Versuch kann nur vorhanden sein, wenn es zwar nicht an dieser Absicht, wohl aber an der vollkommenen Ausführung derselben fehlte. Die Anfangsgrenze des Versuches muß nach den allgemeinen darüber geltenden Grundsätzen bestimmt werden. Darnach kann nicht eher Versuch angenommen werden, als bis der Anfang gemacht wurde mit dem Mißbrauche der kirchlichen Handlungen, die zur Eingehung einer Ehe erforderlich sind. Dieser Anfang kann aber nicht wohl in einen früheren Moment, als in das Erlassen des kirchlichen Aufgebotes gesetzt werden. Die bloße Verlobung eines Ehegatten, selbst wenn er dabei die Absicht haben sollte, die zweite Ehe noch bei Lebzeiten des anderen Ehegatten zu vollziehen, scheint noch nicht als Versuch der Bigamie angesehen werden zu

---

28) Einige Aeltere, z. B. Böhmer a. a. O. §. 3, nehmen auch eine culpose Bigamie an, die sie mitunter auch quasi-bigamia oder bigamia impropria nennen.

29) „In Gestalt der heiligen Ehe." P. G. O. Art. 121.

30) Zwei Fälle dieser Art finden sich in Hitzig's Annalen, Bd. 9, Heft 18, S. 334, und Bd. 12, Heft 23, S. 49.

31) Vgl. Wächter, Abhandlungen, S. 150.

dürfen, da darin weder der Anfang eines Ehebruches, noch auch der Anfang des Mißbrauches kirchlicher Handlungen enthalten ist[32]).

Was die Strafe der Bigamie betrifft, so ist in der Carolina verordnet, daß dieselbe nicht geringer sein solle, als die Strafe des Ehebruches[33]). Die ältere Praxis ging aber von der Ansicht aus, daß nach dem Sinne der Carolina die Bigamie härter, und in jedem Falle, auch an dem weiblichen Theile, mit dem Tode bestraft werden müsse[34]). Um diese Härte einigermaßen zu mildern, erkannte sie dabei eine Menge von Milderungsgründen an, für welche es jedoch an jedem gesetzlichen Anhaltepunkte fehlte[35]). Das führte am Ende dazu, daß bei der Bigamie, wie bei dem Ehebruche gar nicht mehr auf die Todesstrafe erkannt, sondern eine arbiträre Strafe an deren Stelle gesetzt wurde. Während in dieser Weise die Praxis auf der einen Seite von der gesetzlichen Strafbestimmung abwich, kam sie auf der anderen Seite der in der Carolina ausgesprochenen Ansicht, daß die Bigamie ein größeres Verbrechen sei, als der Ehebruch, wieder näher, indem sie regelmäßig gegen dieselbe auf eine härtere Strafe, als gegen den Ehebruch, erkannte. Indessen ist in Ansehung des Strafquantums die gemeinrechtliche Praxis ziemlich schwankend. Mehr als zweijährige Zuchthausstrafe wird wohl gemeinrechtlich nirgends mehr erkannt werden; auch ist schon öfters auf nicht mehr als sechs- bis zehnmonatliche Arbeitshaus-, Gefängniß- oder Festungsstrafe erkannt worden[36]).

Die neueren Strafgesetzgebungen nehmen auf die verschiedenen Modificationen, welche bei dem Verbrechen vorkommen und dasselbe bald mehr bald minder strafbar erscheinen lassen können, größere Rücksicht, als das gemeine Recht. Für einige Fälle der Bigamie ist auch größere Strafbarkeit angenommen worden, als nach der gemeinrechtlichen Praxis erkannt

---

32) Vgl. meine Abhandlungen, Bd. 1, S. 504 flg. Indessen sind hier Viele anderer Meinung, indem sie die Verlobung wenigstens in dem Falle, da die Absicht darauf ging, dieselbe noch während des Bestehens der ersten Ehe durch Eingehung der Ehe und durch Beischlaf zu vollziehen, für einen entfernten Versuch der Bigamie ansehen. Vgl. Wächter a. a. O.

33) S. oben Note 6.

34) Vgl. darüber Wächter, Lehrbuch, §. 216, Note 82, und Abhandlungen, S. 153.

35) Meistens dieselben Milderungsgründe, welche sie auch bei dem Ehebruche annahmen; z. B. Verzeihung des beleidigten Gatten, die zwar bei dem Ehebruche, der nach der Carolina nicht von Amtswegen bestraft wird, die Strafe nicht allein mildert, sondern gänzlich aufhebt, jedoch bei der Bigamie schwerlich Berücksichtigung finden darf; ferner wenn der beleidigte Gatte unfähig zum Beischlafe war oder denselben beharrlich verweigert hatte; ferner wenn der bigamische Gatte einen starken Widerwillen gegen den beleidigten hatte, oder wenn die zweite Ehe während einer Trennung von Tisch und Bette, oder während des Scheidungsprozesses eingegangen war. Selbst in dem Falle sollte eine Milderung eintreten, da ein Verlobter seiner Braut untreu wurde, eine Andere heurathete, und nachher aus Gewissenhaftigkeit zu seiner früheren Braut zurückkehrte und diese heurathete. Auch dadurch wurde die Härte des Strafgesetzes vielfach umgangen, daß man zur Anwendung der vollen Strafe den Beweis der seminis immissio verlangte.

36) Vgl. darüber Wächter, Abhandlungen, S. 154.

zu werden pflegt. Nach dem österreichischen Gesetzbuche [37]) ist die Strafe der zweifachen Ehe Kerker von einem Jahre bis zu fünf Jahren. Dabei ist ausdrücklich anerkannt, daß auch die unverheurathete Person, welche wissentlich eine bereits verehelichte Person heurathet, sich in gleicher Weise des Verbrechens schuldig macht, als die verehelichte Person, welche wissentlich noch eine andere Ehe eingeht. Wenn der Verbrecher der Person, mit welcher er die zweite Ehe geschlossen, seinen Ehestand verhehlt hat, so soll er zu schwerem Kerker verurtheilt werden. Das preußische Landrecht [38]) schreibt für die Bigamie ein- bis zweijährige Zuchthausstrafe vor; demjenigen, der sich für unverheurathet ausgibt, ist Zuchthausstrafe von drei Jahren, und dem Ledigen, der wissentlich eine verheurathete Person heurathet, von sechs Monaten bis zu einem Jahre angedroht. Nach dem bayerschen Gesetzbuche [39]) soll der Ehegatte, der bei noch fortdauernder giltiger Ehe mit einer anderen Person eine neue Ehe schließt, mit Arbeitshaus auf ein bis vier Jahre bestraft werden, welche Strafe noch durch äußeren Zusatz geschärft werden soll, wenn beide Theile schon verheurathet waren. Wenn der Ehegatte der Person, mit welcher die zweite Ehe geschlossen worden, seinen Ehestand verhehlt hatte, so soll er in Arbeitshaus auf vier bis acht Jahre verurtheilt werden. Die ledige Person, die sich mit einer anderen, welche noch in fortdauernder giltiger Ehe lebte, wissentlich verheurathet hatte, soll mit sechsmonatlichem bis einjährigem Gefängnisse bestraft werden. Nach dem sächsischen Gesetzbuche [40]) soll ein bis zweijährige Zuchthausstrafe eintreten, wenn ein Ehegatte sich anderweit verehelicht, während er noch in einer Ehe lebte, welche nach gesetzlicher Form vollzogen und durch die zuständige Behörde noch nicht für getrennt oder nichtig erklärt worden war. Die ledige Person, welche mit einer bereits verheuratheten eine eheliche Verbindung eingeht, soll mit drei- bis sechsmonatlichem Gefängnisse bestraft werden. Wenn beide Personen, welche sich des Verbrechens schuldig machen, bereits verheurathet waren, soll zwei- bis dreijährige Zuchthausstrafe eintreten. Der Ehemann, der unter dem Vorgeben, daß er unverheurathet sei, ein Frauenzimmer zu einer ehelichen Verbindung mit ihm verleitet, soll mit drei- bis vierjähriger Zuchthausstrafe belegt werden. In dem württembergischen Gesetzbuche [41]) ist dem Verheuratheten, der ein andere Ehe eingeht unter Verhehlung seines Ehestandes, eine Strafe von drei Jahren Arbeitshaus bis zu acht Jahren Zuchthaus angedroht; fand keine Verhehlung des Ehestandes statt, so soll ein- bis dreijährige Arbeitshausstrafe eintreten. Der Ledige, der sich wissentlich mit einem Verheuratheten verheurathet, soll mit Arbeitshaus bis zu zwei Jahren bestraft werden. Eigenthümlich ist dem würt-

37) Th. 1, §. 185—187.
38) Th. 2, Tit. 20, §. 1066—1068.
39) Bd. 2, Cap. 6, Art. 297 u. 298; Bd. 3, Cap. 1, Art. 374.
40) Art. 218—221.
41) Art. 304. Nach einer officiellen Anmerkung zum bayerschen Strafgesetzbuche kann auch wegen Fahrlässigkeit bestraft werden, wer in der Meinung, daß seine Ehe aufgelöst sei, sich verheurathete und sich dabei in einem schuldbaren Irrthume befand.

tembergischen Gesetzbuche, daß es auch eine culpose Bigamie annimmt, indem Gefängnißstrafe von einem Monate bis zu drei Monaten eintreten soll, wenn ein Theil sich bei Eingehung der Ehe in einem auf Fahrlässigkeit beruhendem Irrthume über die Fortdauer der ersten Ehe befand. Luden.

**Duell**, Zweikampf[1]). Die Geschichte des Alterthums zeigt uns, daß bei den Völkern der Vorzeit der Zweikampf gewöhnlich war. „Die Geschichte des Duellwesens ist sehr dunkel," läßt sich mit Roßhirt (Geschichte und System des deutschen Strafrechts, Th. 2, Abth. 1 (Stuttgart 1839), S. 172—117, „Vom Duell") S. 172 sagen. An Forschungen fehlt es nicht, ohne daß es bisher gelang, die tiefsten Wurzeln zu ergründen. Die Geschichte des Mittelalters zeigt uns die denkwürdige Erscheinung der sogenannten Gottesurtheile. „War," um mit Grimm: Teutsche Rechtsalterthümer (Gött. 1828), S. 908, zu reden „ein Recht zweifelhaft, so konnten Prüfungen angestellt werden, durch deren untrüglichen Ausgang die aufgerufene Gottheit selbst als höchster Richter das Wahre und Rechte verkündete. Sie ruhten auf dem festesten Glauben, daß jedesmal der Schuldlose siegen, der Schuldige unterliegen werde. Eine solche Entscheidung war Gottesgericht, Gottesurtheil, dei judicium." Unter den verschiedenen Arten von Gottesurtheil hebt sich besonders, als Anwendung des hergebrachten Kampfrechtes, das Kampfurtheil (Kampfgericht) hervor[2]), wie Grimm, a. a. O. S. 927, zugleich

---

1) Literatur: Grupen, vom kämpflichen Grüßen oder der Herausforderung zum Duell, in dessen Werk: Teutsche Alterthümer zur Erläuterung des sächsischen und schwäbischen Landrechtes. Göttingen 1746. — Dreyer, Anmerkung von den ehemaligen gerichtlichen Duellgesetzen; in dessen Sammlung vermischter Abhandlungen zur Erläuterung der teutschen Rechte und Alterthümer (Rostock 1754), Th. 1, S. 139 flg. — Schmid, über die Duelle, eine politisch-juridische Beantwortung der von der Akademie zu Utrecht ausgeschriebenen Preisfrage. Landshut 1802. — Aschenbrenner, über das Verbrechen und die Strafe des Zweikampfes. Würzburg und Bamberg 1804. — Neues Archiv des Criminalrechtes, Bd. 3 (Halle 1820), Abhandl. 18, S. 436—452, Abh. 19, S. 453—477; Bd. 8 (1826), Abh. 15, S. 445—469; Bd. 10 (1829), Abh. 9, S. 181—204. Neue Folge, Jahrg. 1834, Abh. 14, S 339—383. — Cucumus, über das Duell und dessen Stellung im Strafsysteme. Würzburg 1822. — Türk, Dissertatio historico-iuridica de singulari certamine, vulgo duello, cui est Francogallicarum legum ratio subiecta. Suer. 1823. (Leipziger Literaturzeitung v. J. 1826, S. 1507 flg.) — Verbaere, Dissert. de duellis. Gandae 1825. — Hitzig, Annalen der teutschen und ausländischen Criminalrechtspflege, Bd. 2 (Berlin 1828), S. 315—320. — Paulus, wider die Duellvereine auf Universitäten ꝛc. Heidelb. 1828.

2) Maier, Geschichte der Ordalien, insbesondere der gerichtlichen Zweikämpfe in Teutschland. Jena 1795. Buchner, das öffentliche Gerichtsverfahren (Erlangen 1825), S. 64 flg. Pfeffinger, Corpus iuris publ. tom. I. (Francof. 1754) p. 45 sq. — Solche gerichtliche Zweikämpfe sind noch jetzt bei verschiedenen Völkern gewöhnlich. Vor Kurzem hatte ein solcher Kampf (als Ehrenduell) in Kaukasien statt. Noch im Jahre 1804 bat ein Freiherr von Linsingen den Reichstag, den Kurfürsten von Hessen anzuhalten: seine ungegründeten Praetentiones auf Jesberg coram iudicio dei mit der Spitze des

seine Ansicht über den Ursprung des Duells aussprechend, sagt: „unter allen das berühmteste, häufigste und edelste, bis heute fortdauernd in dem Zweikampfe, der zwar weder von den Gerichten gefordert wird, noch rechtliche Folgen hat, nach dem Volksglauben aber in gewissen Fällen die stets beste und letzte Entscheidung gewährt." Neben diesem zum Beweise dienenden gerichtlichen Zweikampfe nährte das überhaupt herrschende Kampfrecht der Freien, als Fehderecht, die Sitte des Zweikampfes auch außerhalb der Schranken des Gerichts [3]). Die im Mittelalter herrschend gewordenen germanischen Begriffe von Ehre nährten, wenn es auf sie ankam, die Neigung, die Entscheidung durch den Richter auszuschließen; die Ehre wurde als etwas rein Persönliches angesehen, das sich fremder Beurtheilung entziehen, und worüber der Freie keinen andern Richter anerkennen dürfe, als sich selbst [4]).

Die Zweikämpfe der Kampfgerichte erloschen nach und nach, zuletzt in dem unter dem „letzten Ritter," dem Kaiser Max I. errichteten ewigen Landfrieden und der Niedersetzung stehender Gerichte [5]), während die in den fortwährend herrschenden Begriffen von Ehre wurzelnde Sitte der außergerichtlichen Ehrenzweikämpfe sich aufrecht erhielt. Vergebens kämpfte gegen sie die Macht der Kirche, die schon früh (in einzelnen Verboten) sich wider die Gottesurtheile, besonders die gerichtlichen Zweikämpfe erklärt hatte [6]); vergebens schleuderte Papst Julius II. im Jahre 1509 seinen Bannstrahl; fruchtlos waren die Bemühungen der späteren Päpste, die Erlasse von Leo X., Clemens VII., Pius IV., Gregor XIII. und Clemens VIII.; fruchtlos verdammte die berühmte Kirchenversammlung in Trident, welche Duellanten und Secundanten in Bann that, ihnen das christliche Begräbniß versagte und sie mit Vermögensconfiscation und der Strafe des Todtschlages verfolgt wissen wollte, die eingewurzelte Sitte als ein Werk des Teufels: **Detestabilis duellorum usus, fabricante diabolo introductus, ut cruenta corporum morte animarum etiam perniciem lucretur** [7]). Obgleich im sechszehnten Jahrhunderte das Ritterthum thatsächlich in einer neuen Kriegsordnung erloschen, so gehörten doch die Anführer des Kriegsvolkes, der Landes- und

---

Degens auf den Tod wider ihn verfechten zu lassen. Häberlin, Staatsarchiv, Bd. 12 (Helmst. 1804), S. 87—96.

3) Roßhirt a. a. O. Th. 1 (1838), S. 27. Henke, Handbuch des Criminalrechtes und der Criminalpolitik, Th. 3 (Berlin 1830), S. 600.

4) Vollgraff a. a. O. S. 184 flg.

5) Quistorp, Grundsätze des teutschen peinlichen Rechtes, Th. 1 (Rostock und Leipzig 1794), §. 338, S. 507.

6) Mittermaier, das teutsche Strafverfahren (3. Auflage, Heidelberg 1839), Th. 1, S. 59.

7) Eben so eifrig sind gleichzeitige Schriftsteller, besonders katholische. So sagt z. B. Damhouder, prax. cr.: **Verum quum isthaec duelli conflictatio recte pugnet cum omnibus divinis, humanis, naturaeque legibus et belluina potius sit furia, quam humana insania etc.** Gab ja noch ein späterer Schriftsteller, Pfeffinger (Corp. iur. publ., tom. III. p. 1252) vom Duell folgende Definition: **Definiri potest duellum privatorum, quod sit detestabile vindictae genus, quo contra sanam rationem, divinasque pariter et humanas leges iratus in iratum ius vitae et necis sibi vindicat etc.**

Soldknechte, gewöhnlich den Ritterfamilien an, und sie, die immer noch selbst in ihrem Aeußeren, Harnisch und Helm, als Ritter galten, vindicirten sich für ihre Ehrenhändel das Kampfrecht ihrer Vorfahren. Glaubte ja König Franz I. von Frankreich als gekrönter Ritter sich aufgefordert, den die Kaiserkrone tragenden Ritter Karl V. (dessen Carolina vom Duell schweigt) zum Kampfe zu fordern, und dieser sich gedrungen, den Fehdehandschuh aufzunehmen. (Zum Zweikampf selbst kam es nicht.) Sleidanus, de statu religionis, lib. 6. p. 95. Pfeffinger l. c. tom I. p. 727 [8]).

Die Zeit des in den Waffen stehenden siebenzehnten Jahrhunderts zeigt uns in ihrer Rohheit die Sitten der Waffentragenden, ihre Zwiste bei Trunk und Spiel durch Zweikampf, gewöhnlich durch Kugelwechseln auszufechten [9]). Forderten sich ja noch gekrönte Häupter zum Zweikampfe heraus, indem z. B. im Jahre 1611 Karl IX. von Schweden den König Christian IV. von Dänemark forderte, obwohl ohne Erfolg, da dieser das Duell unter dem Vorwande ablehnte, daß sein Gegner ein Schwächling sei. Vergeblich bedrohte dessen großer Sohn, Gustav Adolph, den Zweikampf mit dem Tode, vergeblich ließ er diese Strafe vollziehen; baten ihn ja selbst zwei seiner Generale, also Männer, die berufen waren, die Kriegszucht aufrecht erhalten zu helfen, die er in der Sitte des Duells gefährdet sah, um die Erlaubniß, sich duelliren zu dürfen. Die Sitte war mächtiger als das Verbot, an das endlich auch die Reichsgesetzgebung dachte. Unterm 19. September 1668 bestätigte der Kaiser das Reichsgutachten [10]), das darauf berechnet ist, „im heil. röm. Reiche dem hochschädlichen Duelliren, Balgen und Kugelwechseln zu begegnen," und aus der Ueberzeugung hervorging, daß „zu nachdrücklicher Abstellung solchen allzuweit eingerissenen unchristlichen Beginnens eine durchgehends ernstliche Verordnung vonnöthen, damit aller Vorwand, Anlaß und Ursach zu dergleichen Excessen benommen und das frevelmüthige Schmähen und Injuriren als der Ursprung solchen Unheils verhütet werde, oder, da dawider gehandelt würde, dem Beleidigten schleunige billigmäßige Satisfaction widerfahren möchte." Wir finden verordnet, daß „alle Duella und Balgereien zu Roß und Fuß — ohne Unterschied der Personen, wes Standes, Würden oder Wesens die seien — bei Strafen sollen verboten sein, also, daß (außer der rechtlichen Nothwehr) männiglich sich nicht allein aller gewaffneten Handanlegung, sondern auch aller Ausforderung zu Duellen und Balgen, der Ausgeforderte aber aller Erscheinung und die gesuchten Beistände alles Raths und Thathandlung, Beiwohnung, Vorschubes und Beistandes enthalten sollen." Wir finden weiter verordnet, daß die Obrigkeit, welche „um alles menschliche Blut, so durch Convenienz unzeitig vergossen, Rechenschaft zu geben schuldig," gehalten sei, „sobald sie von einigem angestellten Kampf Nachricht erhal-

8) Anderer Beispiele der Art gedenkt Dithmar, S. 251 flg.
9) Roßhirt a. a. O. (Gesch.) S. 174.
10) Senkenberg, Sammlung der Reichsabschiede, Th. 4 (Frankf. 1747), S. 55—58.

ten, den Balgern und ihren Secunden solchen bei Verlust Leib- und Lebens nicht allein zu verbieten, sondern auch solches sträfliche Vorhaben durch Verhaftung ihrer Personen und sonst durch alle mögliche Wege und Mittel zu verhindern." Ferner wird den Wirthen und „Hausvätern, in deren Häusern bei Mahl- oder Hochzeiten oder anderen Zusammenkünften, sich einige Zänkereien erregen, bei Strafe auferlegt, daß sie nicht allein die Interessirten zu Fried bringen, sondern auch auf Verspüren, daß es zu wirklichem Duell kommen dürfte, solches der Obrigkeit anzeigen, damit dem Provocanti und Provocato alsbald Einhalt geschehen möge." Auch soll „auf die Friedensstörer, Aufwiegler, Haderer und Tumultuirer" Acht gegeben und Alles, was auf Duell hindeutet, der Obrigkeit zur Einschreitung angezeigt werden. „Sollte sich aber jemand, solchen Verbots unerachtet, unterstehen, einen andern auszufordern, so soll er blos darum, wenn gleich das Balgen oder Kugelwechseln darauf nicht erfolgte, noch viel mehr aber, wenn er den Kampf und Duell mit seinem Gegenpart, wiewohl ohne Entleibung ausübt, ipso facto seiner Ehren entsetzt und nach Befund mit Landesverweisung, ja auch mit Leib- und Lebensstrafe belegt" werden. Gleiche Strafe soll den erscheinenden Ausgeforderten treffen. Noch schwerer sollen die „Secunden" bestraft werden, wenn sie sich schlagen, ferner die, „welche sich zum Ausfordern und Cartelltragen öffentlich brauchen lassen, oder mit Verhelfung Pferde, Waffen oder sonsten mit Rath und That sich des Werks theilhaftig gemacht, endlich die, welche einen, der ausgefordert worden, aber nicht erschienen ist, wegen seines Nichterscheinens schelten und solches schimpflich vorwerfen." Auch die sollen bestraft werden „welche die vermerkte Provocationes nicht alsogleich der Obrigkeit angezeigt," oder zu verhindernde Duelle nicht verhindert haben, sowie die, „welche durch ihre Beiwohnung und Concurrenz die Duellanten in ihrem Vorhaben" mehr bestärken, als davon abziehen. Ist „eine Entleibung erfolgt, so soll die ordentliche Strafe des Todtschlags wider den Thäter, ohne Unterschied, ob derselbe gefordert hat, oder ausgefordert worden, er sei Beleidiger, oder Beleidigter, erkannt und vollstreckt werden, den Balgern aber, welche im Duell todt bleiben, kein Begräbniß in Kirchen oder Freihöfen gestattet werden. Hat das Duell, obwohl innerhalb Teutschlands, doch in einem fremden Gebiet stattgefunden, oder ist dieses als Zuflucht aufgesucht worden, so soll der Schuldige dem zuständigen Richter auf Verlangen ausgeliefert werden; hat er das Reichsgebiet verlassen, so soll in contumaciam gegen ihn verfahren werden. Um ihm die Ergreifung der Flucht zu erschweren, soll das Hingeben von Pferden oder sonstiger Mittel bei Strafe untersagt sein. Am Schlusse wird das Duelliren auf Hochschulen in's Auge gefaßt. Die Reichsstände hätten darauf hingewiesen, „daß die Studenten sich um einer liederlichen Ursach wegen mit einander balgen und schlagen, also, daß mancher entweder in der besten blühenden Jugend unzeitig um das Leben kommt, oder mit der Eltern höchsten Betrübniß an Gliedern so weit zu Schanden gemacht und übel zugericht wird, daß er seiner Tage ein elender Mensch — sein muß;" daher lasse der Kaiser sich gefallen, „daß künftiger Reichsordnung specialiter auch einverleibt werde, daß Churfürsten

und Stände, welche über gemeldte Universitäten zu gebieten haben, nach Anleitung besagter Reichsordnung gleichfalls solche Vorsehung thun wollen, daß auch daselbst unter den Studenten in allem Ausfordern und Balgen im Ernst und gute Disciplin erhalten und der Unschuldige vor Gewalt und Thätlichkeiten geschützt werde."

Bald darauf begannen die einzelnen Reichsfürsten das Duell durch Verordnungen (Mandate) zu verpönen. Zu den ersten Erscheinungen dieser Art gehört das brandenburgische Duelledict vom Jahre 1688, das terroristisch den Zweikampf mit der Todesstrafe des Stranges bedroht, auch für den Fall der Nichtverwundung [11]). Das achtzehnte Jahrhundert ist fruchtbar an Duellmandaten. Auch die Codification der Neuzeit beurkundet die Ansicht des Gesetzgebers, daß das Duell mit Strafe zu verfolgen sei.

Ueberblicken wir hinsichtlich der Frage, ob (und wie) das positive Gesetz das Duell, welches man scheidet in Duell im engsten Sinne (duellum praemeditatum), den nach vorausgegangener Verabredung stattgehabten Zweikampf, und in den Rencontre, den durch wechselseitigen unverabredeten Angriff entstandenen Zweikampf, verpönt, Teutschland, so finden wir mehrere Gruppirungen. Die eine Gruppe bildet Preußen, Oesterreich, Sachsen und Württemberg in der Wahrnehmung, daß dort (in Preußen mit Ausnahme der Besitzungen, wo noch jetzt das französische Strafgesetzbuch herrscht) das Duell als Vergehen erscheint und zwar in Gemäßheit des dort geltenden Strafgesetzbuchs.

In Preußen wurde schon im Jahre 1652 das Duell verboten, und im Jahre 1688 erließ Kurfürst Friedrich III. das schon erwähnte überstrenge Duelledict, das auch dadurch abschrecken sollte, daß geboten ward: der Leichnam des im Duell gebliebenen Adeligen solle durch die Hand des Henkers an einem unehrlichen Ort eingescharrt, der des Bürgerlichen durch denselben aufgehängt werden. (Preußisches Landrecht, Th. 2, Tit. 20. Strafgesetzbuch, Abschnitt 10.) — Eine Verordnung vom 4. October 1800 gebietet, die in Duellsachen abgefaßten Erkenntnisse mit Beschluß der Acten an das Justizministerium zur Bestätigung einzusenden. Henke, Handbuch a. a. O. S. 611. 612. In Gemäßheit des §. 686 des Gesetzbuchs besteht hinsichtlich der Duelle unter Militärpersonen eine besondere Gesetzgebung. Die Grundlage der herrschenden Legislation sind die Kriegsartikel vom 3. August 1808 [12]). — Nach dem Reglement vom 28. December 1810, wegen Einrichtung der akademischen Gerichtsbarkeit [13]), sollen Duelle der Studenten unter sich blos disciplinarisch bestraft werden, wenn dadurch keine Tödtung, bedeutende Verwundung oder Verstümmelung herbeigeführt wurde [14]).

---

11) Nicht viel milder ist ein vor drei Jahren gegen das Duell erlassenes Gesetz, das neapolitanische Gesetz vom 21. Juli 1838, das Mittermaier, S. 71—74 des 11. Bandes der Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes (Heidelberg 1839) mitgetheilt hat.

12) Buddeus, in Ersch u. Gruber Encyklop. S. 173.

13) Henke a. a. O. S. 612.

14) Vergl. noch Klein, Annalen, Bd. 15 (Berlin 1797), S. 336—355:

In den österreichischen Staaten waren schon im siebenzehnten Jahrhundert die Duelle Gegenstand der Strafgesetzgebung (Verordnungen der Jahre 1651 und 1682). Die Gesetzgebung des achtzehnten Jahrhunderts verfolgte diese Richtung durch Verordnungen. Das im Jahre 1803 in Wirksamkeit getretene Gesetzbuch des Kaisers Franz [15]) bedroht (Cap. 20) den, der zum Duell mit tödtlichen Waffen herausfordert, und seinen dazu erschienenen Gegner mit Kerker von einem Jahre bis zu fünf Jahren, eine Strafe, welche auf fünf bis zehn Jahre steigt, wenn Verwundung, und zehn bis zwanzig Jahre erreicht, wenn Tödtung die Folge war, unter Festhaltung des Grundsatzes, daß der Ausforderer strenger bestraft wird, als sein Gegner. Auch die, welche zur Herausforderung oder deren Annahme, wenn auch nur durch das Drohen mit Verachtung im Falle der Ablehnung, beitragen, sowie die Secundanten sollen nach dem Erfolg mit Kerkerstrafe bis zu fünf Jahren bestraft werden.

Im Kurfürstenthum Sachsen wurde schon im sechszehnten Jahrhundert das Duell, als sehr überhandnehmend, Gegenstand des Strafgesetzes. Kurfürst August verordnete in einer seiner Constitutionen (vom 21. April 1572), daß der, welcher mit ehrenrührigen und beschwerlichen Worten herausfordere, wenn auch kein Nachtheil erwachsen, mit Geld und Gefängniß, sogar mit Landesverweisung bestraft werden solle. Während des siebenzehnten Jahrhunderts wurden strenge und näher eingehende Mandate erlassen. Zu Anfang des achtzehnten Jahrhunderts erließ König und Kurfürst Friedrich August das „Mandat wider die Selbstrache, Friedensstörungen und Duelle" vom 15. April 1706, dessen Gebote, in Verbindung mit dem Inhalte der erläuternden Mandate der Jahre 1712, 1721 und 1737, bis in die neueste Zeit die herrschende Gesetzgebung darstellten. Die „Gesetze über die Studirenden auf der Universität Leipzig vom 29. März 1822" brachten auch Vorschriften hinsichtlich der Duelle unter denselben; sie wurden auch in dieser Beziehung durch die im Jahre 1835 unter gleicher Benennung erlassenen Gesetze mehrfach modificirt [16]). — Die verschiedenen Entwürfe eines Strafgesetzbuches für das Königreich Sachsen schlugen die Verpönung des Duells vor [17]), welches auch in dem neuen Criminalgesetzbuche (Cap. 10), indem es mit Selbsthilfe zusammengestellt wird, mit Strafe verfolgt erscheint. Unter Adoption des Grundsatzes, daß der Theil, welcher durch die Natur der Beleidigung oder durch leichtsinnige oder boshafte Herausforderung

---

„Allgemeine Gesetze für alle königlich preußischen Universitäten" (vom 23. Febr. 1796), bes. S. 339—342.

15) Aschenbrenner a. a. O. Buddeus a. a. O. Henke, Handbuch a. a. O. S. 612.

16) S. überhaupt Buddeus a. a. O. S. 175, 176, wo der Verf. ins Einzelne geht.

17) S. besonders über den neuesten (Stübel'schen) Entwurf Henke a. a. O. (Handbuch) S. 613, 614; Mittermaier, über den neuesten Zustand der Criminalgesetzgebung in Teutschland. Mit Prüfung der neuen Entwürfe für die Königreiche Hannover und Sachsen (Heidelberg 1825), S. 58. Neues Archiv des Criminalrechtes, Bd. 8, S. 448, 449.

das Duell veranlaßt hat, die schwerere Strafe erleiden soll, bedroht es die bloße Herausforderung und Annahme derselben mit Gefängniß von einem Monat bis zu einem Jahr. Erfolgte der Tod und war das Duell auf Leben und Tod verabredet, so soll Gefängniß von fünf bis zwanzig Jahren, ohne diese Abrede Gefängniß von drei bis sechs Jahren die Strafe sein. Secundanten und Zeugen werden mit Gefängniß bis zu 8 Wochen bestraft, eine Strafe, welche bis zu sechs Monaten steigt, war die Verabredung auf Leben und Tod gerichtet. Wird ein solches Duell durch ihre Bemühungen verhindert, so tritt Strafloſigkeit ein.

Für Württemberg erließ Eberhard Ludwig im Jahre 1714 ein sehr strenges Edict wegen Bestrafung der Duelle [18]). Das neue Strafgesetzbuch v. J. 1839 handelt in einem besonderen Capitel (Art. 200—205) „von der Selbsthilfe und dem Zweikampf" [19]).

Die zweite Gruppe bilden die teutschen Staaten, in welchen das Duell gleichfalls verpönt erscheint, aber durch (größtentheils ältere) Particulargesetze, da es noch zu keinem Strafgesetzbuche gekommen ist. — Mecklenburg. — Holstein. — Braunschweig. — Kurhessen. — Die sächsischen Staaten Ernestinischer Linie. — Waldeck. — Das Reußische. — Hamburg. — Lübeck.

Im Mecklenburgischen ist durch eine Reihe von Vorschriften (Interims-Polizei-Ordnung v. J. 1661, Constitutionen von 1715, 1716, 1737 und 1750, Duellmandate von 1715 und 1750) alles Duelliren bei Leib- und Lebensstrafen, bei Verlust des Vermögens und bei Strafe des unehrlichen Begräbnisses verboten. Jeder soll ihm bekannt gewordene Duelle anzeigen; im Fall der Flucht soll auf Vollziehung der Strafe im Bildniß erkannt werden können. Quistorp, Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts (5. Auflage, Rostock 1794), Th. 1, §. 339, S. 508 Note. Richter, Handbuch des mecklenburgischen Criminalprozesses, S. 134.

Ueber die Gesetzgebung in Holstein (und Schleswig) finden wir eine Beurkundung [20]) in einer Mittheilung des 13. Bandes von Hitzig's Annalen der teutschen und ausländischen Criminalrechtspflege (Berl. 1832), S. 3—35: „v. Schirach, die schleswig-holsteinischen Criminalgesetze." Für Holstein ist eine Verordnung vom 14. September 1835 wegen Bestrafung des Duells erschienen.

---

18) Gerstlacher, Sammlung aller einzeln ergangenen württembergischen Gesetze und anderer Normalien, Th. 2 (1760), S. 122. Hochstätter, Extract der württembergischen Generalrescripte, Th. 2 (1743), S. 219 flg. Wächter, Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechtes, Th. 2 (Stuttgart 1826), S. 59. Buddeus a. a. O. S. 178.

19) Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg. Nebst dem Einführungs- und Competenzgesetz, einem Sachregister und anderen Beilagen (Stuttg. 1839), S. 65, 66; s. auch noch Abegg, Beiträge zur Kritik des Entwurfes eines Strafgesetzbuches für das Königreich Württemberg vom J. 1835 (Supplementheft zu Schunck's Jahrb. der ges. teutschen jur. Literatur, Bd. 27) (Neust. a. d. O. 1836), S. 61—63.

20) S. auch Schirach, Handbuch des schleswig-holsteinischen Criminalrechtes und Prozesses, Th. 1 (Altona 1828), S. 240 flg.

Für das Herzogthum Braunschweig wurde schon im Jahre 1646 [21]) eine das Duell verpönende Ordnung erlassen, welcher spätere Strafedicte folgten, die namentlich auch in so fern große Strenge zeigten, als sie (im Einklang mit den erlassenen Kriegsartikeln) im Falle des tödtlichen Ausganges die Todesstrafe eintreten zu lassen geboten, was die Praxis nicht selten in Verlegenheit setzte. Das beabsichtigte Strafgesetzbuch [22]) soll sich den von milderen Ansichten beherrschten neuen Criminalgesetzbüchern auch in Bezug auf Bestrafung des Duells anschließen.

In Kurhessen hat, in strengem Gegensatze, gerade in neuester Zeit die Gesetzgebung sich entschlossen, das Duell mit großer Strenge zu verpönen. Verordnung vom 11. Januar 1830.

Für die sächsischen Fürstenthümer Ernestinischer Linie wurden im siebzehnten und achtzehnten Jahrhundert Verordnungen gegen das Duelliren erlassen. Im Jahre 1708 vereinigte man sich zu einem, besonders für die gemeinschaftliche Universität Jena berechneten, Duellmandat im Geiste der zum Muster dienenden kursächsischen Gesetzgebung [23]). In neuerer Zeit stellten die Stände des Herzogthums Gotha einen Antrag auf ein zeitgemäßes Gesetz wegen Bestrafung des Duells, der die eigene Erscheinung zur Folge hatte, daß die Gerichte die Weisung erhielten, nicht mehr die veralteten Particulargesetzgebungen, sondern das gemeine Strafrecht als Norm anzusehen. Das „Militärstrafgesetzbuch für die Herzogthümer Koburg und Gotha, ingleichen das Fürstenthum Lichtenberg" vom 12. Februar 1832 beschränkt sich darauf, im §. 174 zu sagen: „Duelle werden nach den bürgerlichen Gesetzen bestraft" (S. 62). In Adoption des Strafgesetzbuches für das Königreich Sachsen herrscht dasselbe auch in Bezug auf die Bestrafung des Duells über das Großherzogthum Sachsen-Weimar-Eisenach.

Im Waldeckschen besteht eine im Jahre 1724 erlassene, das Duell verpönende Verordnung. Für das Reußische wurden in den Jahren 1618, 1702, 1704 und 1708 strenge Mandate erlassen. Gleiches gilt von den Städten Hamburg und Lübeck (Edicte von 1704 und 1720).

Die dritte Gruppe bilden die teutschen Staaten, in denen, während sie von keiner umfassenden Strafgesetzgebung beherrscht werden, auch durch kein Particulargesetz das Duell verpönt erscheint. In ihnen machte sich daher die Frage praktisch geltend, ob das gemeine Criminalrecht das Duell mit Strafe verfolge?

Es ist schon hinreichend und mehr als hinreichend gezeigt worden, daß sich aus dem römischen Rechte die Strafbarkeit des Duells nicht

---

21) Noch im Jahre 1579 traf Herzog Julius in den von ihm ertheilten Privilegien für die neuerbaute Heinrichsstadt besondere Vorkehrungen für Duelle; wer gehörig „gefürdert wird, solle nüchtern bei Verletzung seiner Ehre kommen."

22) Nach neuesten Nachrichten hat dasselbe, in Folge der Vereinbarung mit den Landständen, seit dem 1. Oct. 1840 Gesetzeskraft erlangt.

23) Buddeus a. a. O. S. 176, wo der Verfasser den wesentlichen Inhalt des Mandates mitgetheilt hat.

Digitized by Google

herleiten läßt, daß man namentlich die römischen Strafsanctionen wider das Verbrechen der Gewaltthätigkeit (crimen vis) nicht heranziehen kann, da das Duell sich dem Begriffe desselben entzieht [24]). Das canonische Recht beschränkt sich auf Disciplinarvorschriften für die Geistlichen [25]), die C.C.C. schweigt. Hiernach könnte, da auch der Gesichtspunkt der Strafbarkeit des Duells als unerlaubte Selbsthilfe sich nicht festhalten läßt [26]), nur jenes vom Kaiser bestätigte Reichsgutachten v. J. 1668 als gemeinrechtliches Strafgesetz erscheinen. Allein es ist eben die Frage, ob es als publicirt und so als ein ins Leben getretenes Reichsgesetz zu betrachten ist? Einige Rechtslehrer, z. B. Jarke, Handbuch des gemeinen teutschen Strafrechts, Bd. 1 (Berl. 1827), S. 226, bejahen die Frage, während die meisten neueren Criminalisten sie verneinen. „Der Streit kann," um mit Mittermaier a. a. O. (Archiv. Neue Folge, Jahrg. 1835, S. 340) zu reden „noch nicht als entschieden betrachtet werden; einige Auctoritäten sind dabei gänzlich unberücksichtigt geblieben. Ein Schriftsteller, dessen Schrift über die Duelle bald nach jenem Reichsschlusse erschien (Buchelius, de duellis, Lubec. 1670, cap. 83), spricht von jenem Reichsduellgesetz als von der universalis Germaniae constitutio, und eine Duellordnung des Pfalzgrafen Johann Wilhelm vom 11. Mai 1692 für Jülich, Kleve u. s. w. (in Scotti, Sammlung der Gesetze und Verordnungen, welche in den ehemaligen Herzogthümern Jülich, Kleve u. s. w. ergangen sind, Th. 1, S. 208) erklärt: „Wir lassen es zwar bei demjenigen, was dieserhalben auf dem Reichstage zu Regensburg am 19. September 1668 resolvirt und von Ihro Kaiserl. Majestät verordnet und publicirt worden ist." Es scheint in dieser Erklärung ein Zeugniß der geschehenen kaiserlichen Publication des Gesetzes zu liegen, allein der Reichsschluß von 1668 scheint

---

24) Henke, Handbuch a. a. O. S. 599. Heffter, Lehrbuch des gemeinen teutschen Criminalrechtes mit Rücksicht auf die nicht exclusiven Landrechte (Halle 1833), §. 371, Note 1, S. 393: „Das römische Recht kennt die Duelle nicht. Als Selbsthilfe oder Vergewaltigung kann man sie nicht ansehen, quia nulla vis est in volentem." Mittermaier, in dem genannten Beitrage zum Jahrgang 1835, der neuen Folge des Archives des Criminalrechtes, §. 1: „Von dem Duelle nach dem gemeinen teutschen Rechte," S. 339 flg. (S. 341 flg. untersucht der Verfasser die von ihm gegen Welcker verneinte Frage, ob das gemeine, besonders das römische Recht die Strafloſigkeit des Duells ausspreche). Derſ., in der von ihm veranstalteten 13. Auflage von Feuerbach's Lehrbuch des peinlichen Rechtes (Gießen 1840), §. 190, Note 1 des Herausg. S. 279.

25) Heffter a. a. O.

26) Welcker, im Gange seiner Betrachtung der Schrift: Gutachten der Immediat-Justiz-Commission ꝛc., im zweiten Semester der heidelberger Jahrbücher der Literatur vom J. 1818, Nr. 50—52, S. 785—822, S. 815. Mittermaier, im Jahrgang 1835 des Archivs des Criminalrechtes, S. 343, wo der Verfasser hervorhebt, daß man gemeinrechtlich auch nicht zur öffentlichen Bestrafung, sondern nur zur Anwendung der römischen Privatstrafe käme. Wächter, Lehrbuch, Th. 2, S. 57. Heffter, Lehrbuch, §. 371. Vollgraff a. a. O. S. 199 flg. Henke, Handbuch, Bd. 3, §. 176, S. 302; §. 202, S. 598.

das Schicksal so mancher Reichsschlüsse gehabt zu haben, daß nämlich die kaiserliche Publication nicht erfolgte, einzelne Reichsstände aber den Reichsschluß in ihren Ländern publicirten, oder mit Beziehung darauf Duellgesetze erließen. Gegen die Annahme der kaiserlichen Publication scheint die Erinnerung der Reichsstände von 1680 (Großbecher, Sammlung der Reichsgesetze, Bd. 9, S. 1221) zu sprechen."

Zu den teutschen Staaten, für welche diese Streitfrage [27]) bisher von praktischem Gewicht war, gehört das Königreich Hannover und die Großherzogthümer Baden und Hessen. Da aber diese drei Staaten sich bald einer umfassenden Strafgesetzgebung zu erfreuen haben werden, so wird die Controverse damit ihre Bedeutung verlieren.

Im Königreiche Hannover herrschte bisher kein allgemeines Landesstrafgesetz zur Verpönung des Duells.

Im Großherzogthum Baden war gleichfalls das Duell bisher durch kein allgemeines Landesgesetz verpönt. Nur die akademischen Gesetze für die hohen Schulen in Freiburg und Heidelberg, die im Jahre 1832 erlassen wurden [28]), bedrohen das Duelliren der Studirenden mit Strafe.

Auch im Großherzogthum Hessen bestand bisher kein allgemeines Landesgesetz zur Verpönung des Duells, die Gerichte hielten sich aber veranlaßt, anzunehmen, daß es als gemeinrechtlich strafbar erscheine. Das Militärstrafgesetzbuch vom J. 1822 beschränkt sich darauf, im Art. 154 zu sagen: „Duelle werden nach den bürgerlichen Gesetzen bestraft." Gewissermaßen als ein Commentar dieses Artikels erscheint eine Ordre des Regenten vom 28. December 1836, „Ehrensachen und Duelle der Officiere betr. [29])." — Die Verordnung vom 28. April 1835, „die Disciplinarstatuten der Universität Gießen betr. [30])" handelt in einem besonderen Abschnitte „von dem Duell insbesondere" in vielen Artikeln (Art. 62—78). Sie verfolgt auch den Versuch, die Herausforderung, mit Strafe.

Die vierte und letzte Gruppe bilden die teutschen Territorien, welche von einem das Duell mit Stillschweigen übergehenden Strafgesetzbuch beherrscht werden, — das Königreich Bayern und die teutschen Staatsgebiete auf der linken Seite des Rheins.

Da in Bayern die neuen Entwürfe zu keinem Resultate führten und so noch immer das Strafgesetzbuch v. J. 1813 herrscht, so ist, bei dem Zweifel darüber, was Norm ist, die Praxis in großer Verlegenheit, in der sie sich, jene Anmerkungen zum Gesetzbuche [31]) darum ignorirend, weil

27) Vergl. über sie noch Roßhirt, Geschichte ꝛc., Th. 2, Abth. 1, S. 176, 177

28) Buddeus a. a. O. S. 179, wo der Verf. den wesentlichen Inhalt mitgetheilt hat.

29) Verordnungsblatt des großherzoglich hess. Kriegsministeriums, Heft 7 (Darmstadt 1839), Nr. 183.

30) Großherzoglich hess. Regierungsblatt vom J. 1835, Nr. 25, S. 224 — 256.

31) S. hierüber den Beitrag zum Jahrg. 1828 der allgem. jur. Zeit. von 1828, Nr. 79: Kann das Duell ꝛc.

sie keine Gesetzeskraft hätten, nur zur Erläuterung des Codex dienten, entschlossen hat, die Bestimmungen des Strafgesetzbuches über Tödtung und Verwundung anzuwenden und das Duell dann zu bestrafen, wenn dasselbe diesen Erfolg hatte.

In den teutschen Staatsgebieten auf dem linken Ufer des Rheins — Rheinpreußen, Rheinbaiern (Pfalz), Rheinhessen ꝛc. herrscht bekanntlich das im Jahr 1810 erlassene französische Strafgesetzbuch, und dieses beobachtet hinsichtlich des Duells dasselbe Stillschweigen, wie der bayrische Codex. Bopp.

**Duplik.** Unter dem Worte duplicatio wird in dem römischen Prozeßrechte die Schutzeinwendung verstanden, welche der Verklagte einer Replication des Klägers, der exceptionis exceptio, gegenübersetzt [1]). Dagegen bezeichnet der heutige Sprachgebrauch als Duplik überhaupt die letzte Schrift des ersten Verfahrens, in welcher der Verklagte sich auf den Replikſatz des Klägers erklärt, und theils eigentliche Dupliken vorbringt, theils seine erste Vertheidigung gegen die in der Replikschrift enthaltenen rechtlichen Deductionen zu schützen sucht. In diesem Sinne hatte die Duplik in dem älteren teutschen, an die italienische Praxis angeschlossenen Verfahren keine Stätte gefunden; da in diesem bekanntlich die peremtorischen Einreden erst nach fundirter Klage vorgebracht und bewiesen wurden, mithin erst dann, abgesehen von der Verhandlung über die verzögernden Einreden, die Replik- und Duplikartikel möglich waren [2]). Mit der Verfügung, daß die zerstörlichen Exceptionen neben den Responsionen auf die Klagartikel vorzubringen seien, nahmen aber Replik und Duplik vor der Beweisauflage ihre Stelle ein [3]), und bald wurde es üblich, überhaupt die Widerrede des Klägers und die Nachrede des Verklagten selbst dann mit diesem Namen zu bezeichnen, wenn sie gar keine Replicationen und Duplicationen enthielten. Zugleich bildete sich die Ansicht, daß mindestens die Duplik das erste Verfahren beschließe, weil nach einem schon viel früher durch das teutsche Rechtsbewußtsein ausgebildeten Satze überhaupt dem Verklagten das letzte Wort gebühre [4]). So hatte sich allmälig das Verhältniß dahin gestaltet, daß in jedem Prozesse die eingebrachte Vernehmlassung zur Replik und diese zur Duplik mitgetheilt wurde, und daß die letztere, indem sie in weitschweifiger Kritik über die Leistungen des klägerischen Anwaltes sich verbreitete, und die bereits in der Vernehmlassung enthaltene rechtliche Gegendeduction gegen die Klage umständlich wiederholte, ohne ein neues Moment in den Prozeß zu bringen, doch als die umfassendste Schrift des ersten Verfahrens sich behauptete. Dieses wahrhafte Mißverhältniß ist jedoch nicht die Schuld des teutschen

1) Caius, IV. 126. §. 1. J. de replic. (4. 14.) L. 2. §. 1. D. de exc. (44. 1.)

2) C.-G.-O. v. 1507, IV. 3. 4. flg. Bergmann, corpus iur. iud. p. 48.

3) C.-G.-O. v. 1521, XIX. 8. (Bergmann, p. 71); C.-G.-O. v. 1523, III. 8. (Bergmann, p. 91).

4) Maurer, Gesch. des Gerichtsverf., S. 222.

Prozesses, sondern es ist zunächst durch die Gerichte veranlaßt, welche, um sich jeder freien Geistesthätigkeit zu überheben, allzugern einem mißverstandenen Verhandlungsprincipe folgten. Eine richtige Erwägung des letzteren und die über das richterliche Prozeßleitungsamt auch dem gemeinteutschen Prozesse eignenden Grundsätze führt jedoch zu folgenden Resultaten. Sobald der Verklagte der Klage nicht wirkliche Einreden, sondern nur eine Negation gegenübergestellt hat, ist weiteres contradictorisches Verfahren völlig zwecklos. Im entgegengesetzten Falle wird die Exceptionalhandlung dem Kläger zur Erklärung mitgetheilt, und erst wenn diese wirkliche Replicationen enthält, ist die Nothwendigkeit eines Duplikſatzes vorhanden. Dagegen wird es nur in seltneren Fällen zweckmäßig sein, rücksichtlich solcher thatsächlichen Punkte, welche in den ersten Sätzen dunkel geblieben sind, die Aufklärung noch von einem weiteren Schriftwechsel der Parteien erwarten zu wollen. Hier tritt vielmehr das richterliche Fragerecht in die Mitte, welches in dem teutschen Verfahren nicht nur zulässig, sondern sogar durch die Gesetze gefordert ist. Gerichte, welche sich über den geisttödtenden Formalismus erheben, pflegen dann auch in diesem Sinne zu verfahren, und zwar sind sie dabei auch da in ihrem Rechte, wo die Gesetzgebung ihrem Bemühen für die Abkürzung der Prozesse noch nicht in der wünschenswerthen Weise entgegengekommen sein sollte [5]). (Rr.

**Ehe** ist die durch Liebe bedingte gesetzmäßige Vereinigung eines Mannes und eines Weibes zur Begründung einer Familie.

Das eheliche Verhältniß, das umfangs- und inhaltsreichste aller menschlichen Verbindungen, gestattet wegen seiner allseitigen Beziehungen eine höchst mannichfaltige Betrachtungsweise, in Folge deren der Begriff der Ehe sehr abweichend festgestellt worden ist. Schon im voraus wird aber jede Definition als eine verfehlte bezeichnet werden müssen, welche das Verhältniß nicht in der Gesammtheit seiner Momente auffaßt, sondern sich auf die einseitige Hervorhebung eines einzelnen Bestandtheiles beschränkt. Da nämlich die Ehe den ganzen Menschen ergreift, und dieser in seinem Sein und Wirken sich gleichmäßig in einem Kreise natürlicher (physischer), staatlicher (politischer) und religiöser Einrichtungen bewegt, so ergeben sich nothwendig für die Ehe selbst gleiche Beziehungen, und so wie für den Menschen eine der vorhandenen Rücksichten die vorwaltende, ihn beherrschende werden kann, so ist auch für die Ehe das Ueberwiegen des Urtheils nach einer einzelnen Seite hin möglich. Zum Begriffe, als der Erkenntniß der Wahrheit der Ehe, gehört aber die Zusammenfassung aller Beziehungen.

Die Aufgabe, welche durch den nachfolgenden Aufsatz gelöst werden soll, ist nun die an den vollen Begriff der Ehe geknüpfte Erörterung ihres rechtlichen Verhältnisses, jedoch nur bezüglich der persönlichen Seite, während in Betreff der dinglichen Natur auf die Artikel: Brautgabe, Güterrecht der Ehegatten, Manus, Mun-

5) Mittermaier, Prozeßvergleichung, II. 135.

dium und die anderen einſchlagenden Artikel lediglich hingewieſen werden muß.

Nach vorausgeſchicktem Nachweiſe der Quellen und Literatur des Eherechts wird der reichhaltige Stoff in folgenden Abſchnitten darzuſtellen ſein. 1) Begriff und rechtliche Bedeutung der Ehe. 2) Das Verlöbniß. 3) Bedingungen der Eingehung der Ehe (dabei die Lehre von den Ehehinderniſſen und von der Dispenſation von denſelben). 4) Abſchließung der Ehe ſelbſt (insbeſondere über den minister sacramenti u. ſ. w.). 5) Wirkungen der Ehe (dabei Legitimation durch nachfolgende Ehe, putative Ehe u. ſ. w.). 6) Auflöſung der Ehe (Nullität, Scheidung u. ſ. w.). 7) Zweite Ehe (insbeſondere Ehe Geſchiedener u. ſ. w.). 8) Eheprozeß.

### Quellen und Literatur [1]).

Die Quellen des Eherechtes ſind die des gemeinen und particularen Rechts überhaupt, in ihrem bekannten Verhältniſſe. Daher gehören hierher:

a) Römiſches Recht: beſonders Cod. Theod. lib. III. tit. V—XVI. Iustit. Instin. lib. I. tit. X. (de nuptiis). Dig. lib. XXIII—XXV. Cod. lib. V. tit. I—XXVII. und mehrere Novellen, vorzüglich XXII. CXVII. CXXXIX—CXLIII. u. a. m.

b) Canoniſches und Kirchenrecht: Decr. Grat. Can. XXVII—XXXVI. Aus den Decretalen und ſpätern Sammlungen das vierte Buch. Dann beſonders das Concilium Tridentinum sess. XXIV. in Verbindung mit dem Catechism. Conc. Trid. P. II. de matrimonii sacramento, und ſpäter päpſtliche u. a. kirchliche Verordnungen.

Für die evangeliſche Kirche kommen die ſymboliſchen Bücher und Kirchen-, Eheordnungen u. ſ. w. in Betracht.

c) Eigentliches teutſches Recht: die Volksrechte, Capitularien, Rechtsbücher, Reichsgeſetze (beſonders Polizeiordnungen) und die ſpäteren Territorialrechte.

Ueber das Verhältniß dieſer Quellen ſ. m. Schott, Einleitung in das Eherecht, §. 46—59; Fr. Guil. Tittmann de competentia legum externarum et domesticarum in definiendis potissimum iuribus conjugum. Halae 1822, 8.

Die reiche Literatur findet ſich nachgewieſen in: Wiwoldus Wolradus de matrimonio cum cathalogo 148 auctorum juris utriusque et theologiae. Francof. 1592, 4. — Lipenii bibliotheca realis iuridica, und die Continuationen von Schott, Senckenberg, Madihn unter dem Worte: Conjuges u. folg. Röſſig, Repertorium der in den ſeit 1790 erſchienenen praktiſchen juriſt. Sammlungen befindlichen rechtlichen Aufſätze und Fälle (Leipzig 1802, 8.), S. 63 folg.

---

1) Eine vollſtändige Aufzählung der Quellen iſt nicht wohl thunlich, da ſich einzelne hierher gehörende Stellen zerſtreut vorfinden. Es genügt daher, die Haupttitel als die eigentlichen sedes materiae zu bezeichnen. Hinſichtlich der Literatur wird die Anführung der Hauptſchriften für hinreichend erachtet werden können.

Sickel, Repertorium über die in den J. 1802 bis 1834 erschienenen Sammlungen juriſt. Aufſätze (Leipzig 1835, 8.), Bd. I. S. 174 flg. Kappler, juriſtiſches Promtuarium (Stuttgart 1837, 8.), S. 205 flg., S. 758 flg.

Unter den neueren Schriften, welche das geſammte Eherecht behandeln, ſind hervorzuheben: Schott, Einleitung in das Eherecht zu akademiſchem und gemeinnützlichem Gebrauch. Nürnberg 1786 und 1802, 8. Joh. Andr. Hoffmann, Handbuch des teutſchen Eherechtes, nach den allgemeinen Grundſätzen des Rechtes ſowohl, als der beſonderen Landes-, Stadt- und Ortsrechte. Jena 1788, 8. v. Hartitzſch, Handbuch des in Teutſchland geltenden Eherechts. Leipzig 1828, 8. Binterim, die vorzüglichſten Denkwürdigkeiten der chriſtkatholiſchen Kirche. Bd. 6, Th. 1 u. 2 (Mainz 1830, 8.), und die betreffenden Abſchnitte in Eichhorn, teutſches Privatrecht und Kirchenrecht, Mittermaier, Grundſätze des gemeinen teutſchen Privatrechtes, Walter, Lehrbuch des Kirchenrechtes u. a. m. Zu den brauchbarſten Werken gehört: Franz Stapf, Vollſtändiger Paſtoralunterricht über die Ehe, oder über das geſetz- und pflichtmäßige Verhalten des Pfarrers vor, bei und nach der ehelichen Trauung, nach den Grundſätzen des katholiſchen Kirchenrechtes, mit ſteter Rückſicht auf Civilgeſetze. Neu herausgegeben und bedeutend vermehrt von Karl Egger. 6. Aufl. Frankf. a. M. 1838, 8. (vergl. meine Recenſion in der Hall. Allg. Lit.-Zeit. 1839, No. 117, 118.).

Das Particularrecht iſt vorzugsweiſe in einzelnen Lehren bearbeitet worden, und wird deßhalb mit andern Monographien gehörigen Ortes anzuführen ſein. Das ganze Inſtitut erörtern für Baden: Theorie des Ehe- und Erbrechtes. Ludwigsluſt 1818, 8.; für Heſſen: Rühl, die ehelichen Verhältniſſe nach den im Großherzogthum Heſſen und zum Theil in den benachbarten Staaten geltenden Particularrechten. Darmſtadt 1830, 1831, 2 Bde. 8.; für Oeſterreich: Sattler, Handbuch des öſterreich. Eherechts ꝛc. Wien 1803, 8.; Dolliner, ausführliche Erläuterung des zweiten Hauptſtücks des allgemeinen bürgerlichen Geſetzbuchs. Wien 1835, 1836, 2 Theile (neue Ausgabe des im J. 1813 u. 1817 erſchienenen Eherechtes); für Preußen: außer den nachher zu nennenden Schriften von Bärenroth, Boock, Daniel u. a. Bielitz, Commentar zum allg. Landrechte. Th. 2, Tit. 1 u. 2. Gitzler, Handbuch des gemeinen und preuß. Eherechtes der Katholiken und Evangeliſchen. Breslau 1840, 8.; für Sachſen: außer den Werken von Weber, Neubert u. a. v. Hartitzſch, das im Königreiche Sachſen geltende Eherecht. Dresden 1836, 8.; für Württemberg: Ueberſicht des Eherechtes und zwar ſowohl in Hinſicht auf Ehehinderniſſe, Verlöbniſſe, Trauung und Eheſcheidung, als auf die Vermögens- und Erbſchaftsverhältniſſe der Ehegatten u. ſ. w. von Lorenz Friedr. Hezel, Schwäb. Hall, 1838, 8.

1) Begriff und rechtliche Bedeutung der Ehe[2]).

2) (v. Hippel) Ueber die Ehe, Cap. II. Klee, die Ehe, eine dogmatiſch-archäologiſche Abhandlung. Mainz 1833, 8. Roſt, religiös-wiſſenſchaftliche Darſtellung der Ehe. Wien 1834, 8. Papſt, Adam und Chriſtus. Zur Theorie der Ehe. Wien 1835, 8.

Die Ehe ist ein natürlich-politisch-religiöses (sittliches) Institut, dessen Bedeutung nur durch ein harmonisches Zusammenfassen seiner Beziehungen zur Natur, zum Staate und zur Kirche begriffen werden kann. Durchaus untergeordnet wird daher der natürliche Anfangspunkt der Ehe zu ihrem Wesen gemacht, und dieselbe als eine Vereinigung zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, zur Erzeugung und Erziehung der Kinder, oder als ein Contract zu irgend einem bestimmten Zwecke aufgefaßt [3]).

Das mosaische Recht kennt bereits den höheren Charakter der Ehe, indem dieselbe als von Gott selbst eingesetzt und gesegnet erscheint [4]); doch wird freilich nach dem mosaischen Begriffe der Familie die Kindererzeugung das Hauptmoment der Ehe [5]). Die römischen Juristen gehen hierbei von dem factischen Naturverhältnisse aus [6]), beziehen aber die Wirksamkeit der Ehe doch, von irgend welchen Zwecken abstrahirend, auf die vollständige Lebensgemeinschaft der Gatten und erklären sehr schön: Nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam vitae consuetudinem continens oder, indem sie auch dem religiösen Moment seine Stelle geben: Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae: divini et humani iuris communicatio [7]). Die höhere Weihe der Ehe wird dann vorzüglich im Christenthume ausgezeichnet [8]) und als die vollendete leiblich-sittliche Einheit der beiden Individuen zu Einer Person anerkannt. Die Aussprüche Christi darüber [9]) wurden von den Aposteln in der Anwendung weiter entwickelt, jede außereheliche Geschlechtsgemeinschaft als sündlich verworfen und auf die Heiligung der Ehe selbst gedrungen [10]). Das Verhältniß Christi zur Gemeinde sollte ein Muster sein für die einzelnen Ehegatten [11]), so daß gewissermaßen jede Familie die Kirche repräsentirte.

---

3) G. L. Böhmer, principia iuris can. §. 344. Schmalz, Handbuch des canon. Rechtes, §. 276. v. Hartitzsch, das in Sachsen geltende Eherecht, §. 2, 3, u. a. m. — Preuß. allgem. Landrecht, Th. 2, Tit. 1, §. 1: „Der Hauptzweck der Ehe ist die Erzeugung und Erziehung der Kinder." Dieser § ist im neuen Entwurfe weggelassen.

4) 1. Mosis 1, 28.

5) S. Bruno Bauer, in der von ihm herausgegebenen Zeitschrift für speculative Theologie, Bd. 2, H. 2, S. 311 flg.

6) Daher rechnet Ulpian die coniunctio maris atque feminae, liberorum procreatio, educatio zum ius naturale. L. 1. §. 3. D. de iur. et iur. (1. 1.)

7) §. 1. J. de patria pot. (1. 9.) L. 1. D. de ritu nuptiarum (23. 2.) (Modestinus). Vergl. c. 4. C. de crimine expilatae hereditatis (9. 32.): Uxor socia rei humanae atque divinae domus. M. s. besonders Hasse, das Güterrecht der Ehegatten, Bd. 1, S. 1 flg.

8) Gösch, Versuch einer historischen Darstellung der kirchlich-christlichen Ehegesetze. Aschaffenburg 1832, 8. v. May, das Eherecht der Christen in der morgenländischen und abendländischen Kirche bis zur Zeit Karl's des Großen. Regensb. 1833, 8. G. W. Böhmer, über die Ehegesetze im Zeitalter Karl's des Großen und seiner nächsten Regierungsnachfolger. Göttingen 1826, 8.

9) Siehe Ev. Matth. 5, 31. u. 32; 19, 3—9.; Marci 10, 2—12. Vgl. Tholuck, Auslegung der Bergpredigt, S. 235 flg.

10) S. bes. Römer 7; 1. Corinth. 7, u. a.

11) Epheser 5, 22—33.

Die Fälle der in der Ehe liegenden Güter brachten die Kirchenlehrer und die Synoden zu allgemeinerem Bewußtsein [12]) und definirten, in der Hauptsache sich an die römische Begriffsbestimmung anlehnend, die eheliche Gemeinschaft selbst. So sagt Augustin, mit Bezugnahme auf die Ehe von Joseph und Maria: Consensus cohabitandi et individuam vitae consuetudinem retinendi interveniens eos coniuges fecit. Individua vero vitae consuetudo est, talem se in omnibus exhibere viro, qualis ipsa sibi est et e converso [13]). Augustin unterscheidet in der Ehe ein dreifaches Gut, welches er auch bei Joseph und Maria erfüllt findet: proles, fides, sacramentum [14]). Das erste ist natürliche Consequenz der Gemeinschaft, keineswegs aber geeignet, das Wesen der Ehe selbst zu enthalten; non enim in sola, ut deliras, schreibt Augustin gegen Julian [15]), commixtione maris et feminae nuptiarum veritas est; quamvis sine illa commixtione nuptae filios procreare non possint. Ja die Ehe bleibt eine solche, wenn sie auch cum voto castitatis, ohne die Absicht der proles eingegangen wird [16]).

Wesentlich für die Ehe ist aber die fides, die gegenseitige Treue der Ehegatten, als Folge ihrer Liebe und Einheit. Beide Individuen können zur vollen Einheit nur dadurch gelangen, daß sie gleich berechtigt und verpflichtet sind. Schon das spätere römische Recht erkennt dieß an und erklärt daher sowohl den Mann, wie die Frau des crimen adulterii fähig [17]), und die Kirche hat sich von Beginn her über die Parität beider Geschlechter in dieser Hinsicht ausgesprochen [18]). Die volle Einheit der Person kann nur in zwei Individuen erreicht werden, und somit erscheint die Monogamie [19]) nothwendig, um den wahren Begriff der Ehe zu verwirklichen [20]). Als göttliche Vorschrift hat die Kirche dieß später anerkannt [21]), und die Gesetzgebung der christlichen Staaten die Polygamie verboten [22]). Aus dem Princip der Personeneinheit folgt auch, daß die

12) S. die Auszüge bei Binterim, Denkwürdigkeiten, VI. 1. S. 8 flg.
13) C. 3. C. XXVII. qu. II.
14) C. 10. C. XXVII. qu. II.
15) C. 11. C. XXXII. qu. I. Vergl. Hieronym., contra Iovinianum in c. 5. C. XXXII. qu. IV.
16) C. 6. C. XXXII. qu. II.
17) S. Fabrot, exercitationes XII. (Paris 1639, 4.) exerc. VII. Maritus adulterii incestique reus ab uxore. Vergl. L. 13. §. 5. D. ad l. Iuliam de adulteriis. (48. 5.) Nov. 117. cap. 9. §. 5.
18) Vergl. c. 4. C. XXXII. qu. IV. (Ambrosius a. 387); c. 18. C. XXXII. qu. V. (Augustin. a. 393).
19) S. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechtes, §. 167.
20) Die Polygamie der Hebräer und deren Zulässigkeit (1. Mosis 29, 31. u. a.) erklärt sich aus dem Begriffe der Familie nach mosaischem Rechte. Die gleichzeitige Ehe mit zwei Schwestern war aber verboten (3. Mosis 18, 18.). Ueber die vielfache Ehe der Indier s. v. Bohlen, das alte Indien, II. 141.
21) Si quis dixerit, licere Christianis plures simul habere uxores, et hoc nulla lege divina esse prohibitum, anathema sit. Conc. Trident. sess. XXIV. can. 2. de sacram. matrim.
22) S. z. B. österreich. Gesetzbuch §. 62; allgem. preuß. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 16.

Ehe ein dauerndes Verhältniß sei [23]). Augustin nennt als ein Gut der Ehe: sacramentum, quia nullum divortium: — [24]).

Nach dem Sprachgebrauche der Zeit und mit Rücksicht auf den Brief an die Epheser, Cap. 5, Vers 32, wo bei der Vergleichung des Verhältnisses Christi zur Gemeinde mit der Stellung des Mannes zur Frau, jenes ein μυστήριον genannt wird, was die Vulgata durch sacramentum übersetzte, legte man der Ehe selbst das Prädicat sacramentum bei, indem man das von Christus in seiner Beziehung zur Kirche Prädicirte auf die Gattin selbst übertrug. Man konnte dies wegen des geistigen Inhaltes der Ehe, da in omni matrimonio coniunctio intelligitur spiritualis [25]). Augustin, Leo I. u. A. bedienen sich des Ausdruckes sacramentum. Quum societas nuptiarum ita a principio sit instituta, ut praeter commixtionem sexuum non habeant in se nuptiae coniunctionis Christi et ecclesiae sacramentum.... [26]). Hieronymus nennt die nicht nach Christi Vorschrift eingegangene Ehe ein adulterium [27]), und Ambrosius erklärt von einer solchen: quia in Deum peccat, sacramenti coelestis amittit consortium [28]).

Man würde aber in solchen Aeußerungen zu viel suchen, wenn man darin den Begriff des Sacramentes im späteren und heutigen Sinne finden wollte [29]). Denn abgesehen davon, daß der Ausdruck sacramentum so häufig nichts weiter bezeichnet, als res sacra, wird von den Vätern und Scribenten der älteren Zeit, die ex professo die Lehre von den Sacramenten behandeln, die Ehe darunter nicht mit aufgeführt und erst seit dem Ende des zwölften Jahrhunderts etwas Entscheidendes darüber festgesetzt [30]).

Wenn zum Wesen des Sacramentes gehört, daß es invisibilis gratiae visibilis forma sei, und das Concil von Trient deßhalb sess. XXIV. cap 1 de reform. matr. die Ehe darstellt als: Signum visibile gratiae invisibilis collatae viro et muliebri ad individuam vitae consuetudinem coniunctis, so scheint freilich kein Zweifel obzuwalten. Man muß aber erwägen, daß diese Erklärung eine spätere sei und die Ehe früher darum nicht Sacrament im heutigen Sinne sein konnte, weil ihr die dazu erforderliche sacramentalische Gnade fehlte. Es belehrt uns darüber

---

23) Vergl. über die verschiedenen hier in Betracht kommenden Punkte: Jörg und Tzschirner, die Ehe aus dem Gesichtspunkte der Natur, der Moral und der Kirche. Leipzig 1819, 8. Burdach, die Physiologie als Erfahrungswissenschaft (Leipzig 1830, 8.), Bd. 3, S. 335 flg.

24) S. unten Anm. 405, 406.

25) C. 36. C. XXVII. qu. II. (Ambrosius).

26) C. 17. C. XXVII. qu. II. (Leo I. a. 458 s. 459).

27) C. 2. C. XXXII. qu. II.

28) C. 4. in fin. C. XXXII. qu. IV.

29) So z. B. Binterim a. a. O. S. 45: Ich muß gestehen, daß ich nicht wüßte, was Augustin durch den Ausdruck sacramentum, wodurch er der Ehe unter Christen den größten Werth beilegt, hätte verstehen wollen, wenn er ihn nicht in der Bedeutung nähme, in welchen ihn auch unsere jetzigen Theologen nehmen.

30) M. vergl. den Art. Sacrament.

die Gloſſe zu c. 3. D. XXIII. bei den Worten: pro beneficiis: Ioann. Fab. dixit, in omnibus sacramentis committi simoniam nisi in matrimonio: ideo forte, quia ibi non confertur gratia spiritus sancti. Eben ſo zum cap. 5. X. qui matrimonium accusare possunt (IV. 18) zum Worte: repellens: Quod simonia committi possit in matrimonio, cum sit spirituale. Sed contradici consuevit, quod ibi gratia non confertur u. a. m. [31]). Erſt, nachdem die Ehe kirchlich als Sacrament ſanctionirt worden, hat die Theorie die einzelnen Momente zu begründen geſucht, ohne indeſſen Controverſen über die weſentlichſten Punkte beſeitigt zu haben.

Zur Ehe als Sacrament gehört nun:

1) sacramentum s. str. d. i. das foedus coniugale, die coniunctio rite facta (worüber unter Abſchnitt 4); 2) res, die Liebe der Gatten, welche durch die Wirkſamkeit der gratia in ihrer Reinheit erhalten und im Herzen vervollkommnet werden; 3) res et sacramentum simul, die eheliche Gemeinſchaft ſelbſt, mit allen ihren Folgen, insbeſondere die Einheit und Heiligkeit der Familie.

Die griechiſche Kirche betrachtet die Ehe ebenfalls als Sacrament, während die evangeliſche Kirche ihr dieſen Charakter beſtreitet.

In Teutſchland iſt die Ehe von jeher als eine heilige und geſetzliche Verbindung angeſehen worden. Der Ausdruck Ehe ſelbſt, êwa, êa, ſoviel als Geſetz, Bund, Band überhaupt, wurde daher von der allgemeinen zur beſonderen Bedeutung erhoben [32]). Als Monogamie [33]) und dauernde lebenslängliche Gemeinſchaft war ſie anerkannt. Auf die Geſtaltung des Einzelnen wirkte weſentlich die Theorie des canoniſchen Rechtes ein, doch blieben immer gewiſſe Unterſchiede zwiſchen der weltlichen und kirchlichen Geſetzgebung, die ſeit der Reformation in den proteſtantiſchen Staaten noch bedeutender hervortraten. Die Reformatoren [34]) verwarfen nämlich die katholiſche Anſicht von der ſacramentaliſchen Natur der Ehe, indem die Stelle des Epheſerbriefes dieſelbe keineswegs unterſtütze, und erklärten ſie für eine weltliche, wenn gleich heilige Sache. Da aber die hierüber aufgeſtellten Grundſätze [35]) nicht ſogleich mit voller Beſtimmtheit und Uebereinſtimmung zur Anerkennung und Anwendung kamen, ſo

---

31) M. ſ. meine Recenſion über Berg's unter Anm. 267 cit. Schrift in Richter's krit. Jahrbüchern für teutſche Rechtswiſſenſchaft, Bd. 1 (1837), S. 38 flg.

32) Grimm, teutſche Rechtsalterthümer, S. 417 flg.

33) Tacitus, de morib. German. cap. XIX: Unum accipiunt maritum, quomodo unum corpus unamque vitam.

34) S. Froböſe, Dr. Martin Luther's Werke über die Ehe und die ehelichen Verhältniſſe. Leipzig 1825, 8. — Im Jahre 1519 ſah Luther die Ehe noch als Sacrament an, — gleichwie die Taufe; bereits 1522 erklärte er ſie für ein äußerlich leiblich Ding, wie andere weltliche Handthierung, nahm dieß aber doch wieder zurück, indem er ihr einen heiligen Charakter beilegte, da ſie ein Werk oder Stand ſei, den Gott geboten habe —.

35) S. augsburgiſche Confeſſion Art. XXIII. Apologie der Confeſſion Art. VII.

ſind doch manche Conſequenzen des katholiſchen Princips auch ſpäter praktiſch geblieben [36]).

Die verſchiedene Anſicht über das Weſen der Ehe und in Folge derſelben die differente Auffaſſung einzelner Beſtimmungen hinſichtlich der Requiſite, Wirkungen, Auflöſung u. ſ. w. iſt von großem Einfluſſe auf die Behandlung der Eheſachen überhaupt und die anwendbaren Rechte im Beſonderen geworden [37]).

Anfangs dienten die Beſtimmungen des römiſchen Rechtes zur Entſcheidung ehelicher Verhältniſſe und blieben auch im Gebrauche, nachdem die Kirche tiefer einzuwirken begonnen hatte. Seit dem ſiebenten Jahrhunderte erhielten aber die kirchlichen Sanctionen im Oriente, und ſeit der Chriſtianiſirung der Germanen auch im Occidente das Uebergewicht. Ueber das Verhältniß der weltlichen und kirchlichen Einwirkung und Cognition entſtanden jedoch zum Theil im 16., beſonders aber ſeit dem 18. Jahrhunderte widerſprechende Theorien. Es fanden ſich Vertheidiger für die ſtreng kirchliche Bedeutung der Ehe, welche der Forderung des Concils von Trient beitraten: Si quis dixerit, causas matrimoniales non spectare ad iudices ecclesiasticos, anathema sit [38]), während Andere dem Staate beſondere Rechte zuſtanden, bald jedoch in einer gewiſſen Abhängigkeit von der Kirche [39]), bald in voller Selbſtſtändigkeit und Freiheit [40]). Die katholiſche Kirche hat von ihren Forderungen nicht abgelaſſen: denn Pius VIII. äußert in einem encycliſchen Schreiben vom 24. Mai 1829: Matrimonium non humana tantum ex lege, sed ex divina regi debere, ac non terrenis, sed sacris rebus ipsum accensendum esse ideoque Ecclesiae omnino subiici, christianus populus accurate edoceatur [41]). Die Geſetzgebungen huldigen aber dieſem Princip keineswegs ſchlechthin. In Oeſtreich iſt die Ehe nach ihrer civilen Seite der kirchlichen Einwirkung entzogen, dieſer aber die ſpirituelle Seite frei gegeben. Das franzöſiſche Recht läßt die religiöſen Beziehungen ganz unberührt, und ähnlich manche andere Geſetze, wie das des Waatlandes vom 12. Decbr.

---

36) S. Sam. Stryck, de reliquiis sacramenti in matrimonialibus. Halae 1706, 4. Dagegen Mich. Henr. Griebner, de his, quae ex iure Protestantium matrimoniali ad reliquias sacramenti perperam referuntur. Wittenb. 1715, 4. Vergl. Glück, praecognita iurisprud. ecclesiasticae, §. 54. not. 4.

37) Vgl. J. H. Böhmer, ius eccl. Protest., lib. II. tit. II. §. 22—28; Eichhorn, Bd. 2, S. 296—306; Walter, §. 289; verb. die Anm. 8 cit. Schriften.

38) Conc. Trid. sess. XXIV. can. 12 de sacram. matrim., verb. cap. 20 eod. de reform. matrim.

39) So Launoj, Chardon u. a. Franzoſen. Von Teutſchen beſonders Oberhauſer (causa decisa divisarum potestatum in legibus matrimonialibus impedimentorum dirimentium. Francof. et Lipsiae 1777, 8.). Vergl. Frei, kritiſcher Commentar über das Kirchenrecht, Th. 3, §. 183 flg.

40) S. Sauter, fundamenta iuris can. P. V. §. 703 sq.

41) Tübinger theol. Quartalſchrift, 1829, H. 4, S. 794. Vgl. das Breve vom 10. Auguſt 1819 (Scheill, Fortſetzung von Frei, Bd. 5, Abth. 1, S. 115).

1835, wogegen das bayerſche Concordat[42]) mit Rückſicht auf das Concil von Trient den Biſchöfen die Cognition zugeſteht.

In evangeliſchen Ländern iſt der katholiſchen Kirche die gebührende Gewiſſensfreiheit in Matrimonialibus zugeſtanden. Was aber die Eheſachen der Evangeliſchen ſelbſt betrifft, ſo wurden dieſe an beſondere kirchliche Behörden (Conſiſtorien) gewieſen, welche nach göttlichem Worte darüber richten ſollten[43]). Später ſind dergleichen Angelegenheiten jedoch meiſtens als bürgerliche den weltlichen Gerichten überlaſſen worden. So in Preußen[44]).

Daß hinſichtlich der materiellen Normen ſich vielfache Differenzen finden, kann nicht befremden, da ſich die eheliche Geſetzgebung nach abweichendem Princip entwickelt hat. Eine Ehe, welche ſchlechthin makellos iſt, erſcheint als **matrimonium firmum** d. h. **verum, legitimum** und **ratum.** Matrimonium verum iſt jede rechtmäßig von irgend welchen Contrahenten eingangene Ehe, alſo auch die eheliche Verbindung der Ungläubigen. Dieſelbe wird matrimonium ratum, wenn ſie dem Geſetze der Kirche entſpricht, wobei natürlich die Vorausſetzung des chriſtlichen Glaubens ſich von ſelbſt verſteht. Iſt die Ehe dagegen eine den weltlichen Geſetzen conforme, ſo wird ſie matrimonium legitimum[45]). Während eigentlich jede Ehe zugleich natürlich, kirchlich und bürgerlich wahr ſein ſollte, giebt es Fälle, in denen ſie wegen des Widerſpruches der Geſetzgebung ein ratum nec legitimum oder legitimum nec ratum iſt. Jenes iſt vorhanden bei der Ehe des Vormundes mit den Pflegebefohlenen, bei der Mißheurath, der Ehe der Militärs ohne Conſens des Oberen, wegen des Alters, des mangelnden Conſenſes der Eltern u. a., ein matrimonium legitimum tantum bei geſchiedenen Perſonen, deren Eheband nicht gelöſt iſt, bei Uebertretung der cognatio spiritualis oder der canoniſch verbotenen, landesrechtlich zugelaſſenen Grade, die vor bloßen Civilbehörden geſchloſſenen Ehen u. a. m.[46]).

In dem Falle eines ſolchen Conflictes überlaſſen die Geſetzgebungen die Befolgung der kirchlichen Norm **neben** der bürgerlichen Vorſchrift dem Gewiſſen der Contrahenten (ſ. unten).

2) **Das Verlöbniß**[47]).

Dem Abſchluß einer Ehe pflegt ein Vertrag über dieſelbe zuvorzugehen, das Verlöbniß, Eheverſprechen, sponsalia d. i. mentio et repro-

---

42) Art. XII. c.

43) S. heſſiſche Kirchenordn. von 1526, Cap. XIV (**Schmincke**, monumenta Hassiaca, T. II. p. 619). Vergl. das Gutachten der wittenberger Theologen von 1545 bei **Seckendorf**, historia Lutheranismi, lib. III. sect. 31. — **Boltz**, de consistorio diss. IV. §. 54 sq.

44) Verordn. vom 8. Auguſt 1750. Allgem. Gerichtsordn. Th. 1, Tit. 2, §. 128, und Anhang §. 37, 288.

45) M. ſ. Gratian ad C. XXVIII. qu. II. C. 7. X. de divortiis. (4. 19.)

46) Vergl. z. B. allg. preuß. Landrecht, Th. 2, Tit. 1, §. 14, 25 flg., 30, 34, 35, 37, 45 flg., und §. 11, 12, Anhang §. 63.

47) J. H. **Böhmer**, diss. de diverso sponsalium et matrimonii iure

missio nuptiarum oder futurarum nuptiarum promissa [48]), und zwar wegen der Beziehung auf eine künftige Ehe, sponsalia de futuro. Daß ein Verlöbniß geschlossen werde, ist nicht nothwendig [49]), und nach manchen Gesetzen ist dasselbe wenigstens an und für sich wirkungslos (s. unten).

Das Verlöbniß ist im Allgemeinen nach den Principien präparatorischer Verträge zu beurtheilen, wobei das römische Recht nur in einzelnen Punkten durch das canonische und particulare Recht modificirt ist.

Das römische Recht fordert zunächst zur Giltigkeit der Sponsalien den Consens der Betheiligten [50]). Dieser selbst wird aber bedingt durch freie Willensbestimmung und -Erklärung. Physische, moralische oder juristische Hemmungen hindern daher die Wirksamkeit des Verlöbnisses. So Wahnsinn [51]), Betrug, Irrthum [52]), bei welchem letzteren hier auch auf Punkte geachtet wird, die bei der Ehe unberücksichtigt bleiben würden [53]). Insbesondere wird auch ein gewisses Alter der Contrahenten vorausgesetzt. Das Verlöbniß von Kindern unter sieben Jahren ist schlechthin unverbindlich [54]), das von infantia maiores dagegen verpflichtet bis zu erreichter Pubertät, und kann dann bestätigt oder aufgehoben werden [55]). Kinder, die noch in väterlicher Gewalt stehen, bedürfen des Consenses des Hausvaters. Ob diese durch das römische und particulare Recht [56]) anerkannte Vorschrift auch im canonischen Rechte bestätigt sei, wird bestritten [57]), jedoch mit Unrecht [58]), da die in älteren Festsetzungen enthaltene Vorschrift keineswegs später aufgehoben, insbesondere durch das Concil von Trient, das sich nur auf die ohne Consens der Eltern geschlossene Ehe bezieht (s. unten), gar nicht berührt wor-

---

(Halae 1718, 4.), und in der Exercitat. ad Pandectas T. IV. exerc. LXIX. pag. 411—588. Gregel, von den Eheverlöbnissen. Würzburg 1801, 8.

48) L. 1. D. de sponsalibus (23. 1.) (Florentinus lib. III. Instit.). C. 3. C. XXX. qu. V. (Nicolaus I. a. 866). — Preuß. L.-R. II. 1. §. 75.

49) Preuß. L.-R. a. a. O. §. 81.

50) Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia. L. 4. pr. D. h. t. (23. 1.) (Ulp. ad Sabinum).

51) C. 24. X. de sponsalibus. (4. 1.)

52) L. 8. D. h. t.

53) C. 1. C. XXIX. qu. I. (Gratian.). Allg. preuß. L.-R. a. a. O. §. 105 (wegen des Vermögens).

54) L. 14. D. h. t. C. 4. 5. 13. X. de desponsat. impuberum. (4. 2.) — C. 29. X. de sponsalib. (4. 1.) C. un. pr. de despons. impuber. in VI. (4. 2.)

55) L. 10. §. 1. D. h. t, C. 7. 8. X. de despons. impuber. (4. 2.) C. un. §. 1. eod. in VI. (4. 2.) — Allg. L.-R. a. a. O. §. 110. Vergl. Eichhorn, Bd. 2, S. 343, 344.

56) Pr. J. de nuptiis. (1. 10.) L. 7. §. 1. D. h. t. Kurcöln. Verordn. vom 16. Sept. 1755 bei Rintelen, das Provinzialrecht des Herzogthums Westphalen, Bd. 1. S. auch Anm. 59 cit. — Allg. L.-R. a. a. O. §. 78.

57) Siehe Walter, §. 296, Note z. Stapf, Pastoralunterricht cit. §. 6.

58) M. vergl. c. 3. X. de his qui matrimonium accusare possunt (4. 18.), auch als Palea in c. 2. C. XXXV. qu. VI. und s. auch c. 5. 6. X. de conditionibus appositis in desponsat. (4. 5.)

den ist. Daher haben auch höhere Gerichtshöfe in der neuesten Zeit jenen Satz als gemeinrechtlich angewendet[59]). Der elterliche Consens kann übrigens nur aus gerechten Gründen versagt, und sonst von der Obrigkeit supplirt werden (s. unten Anm. 113).

Ein ohne Consens der Eltern, und nach Landesrechten auch wohl des Vormundes[60]), oder ohne sonst vorgeschriebene Formen geschlossenes Verlöbniß ist ein heimliches oder Winkelverlöbniß (sponsalia clandestina, im Gegensatze der publica)[61]). Nach gemeinem Recht genügt aber jede Form, aus welcher die Absicht der Parteien sicher erkannt werden kann[62]). Früher war die Zuziehung eines Geistlichen und Zeugen, Wechsel der Ringe (annulus pronubus, desponsationis) und dergl. üblich[63]) und demgemäß wird auch jetzt in Teutschland meistens schriftlicher Vertrag, gerichtliche Abschließung gefordert, wie in Preußen, Sachsen u. a.[64]). Die Eingehung kann auch in Person oder durch einen Specialbevollmächtigten geschehen[65]).

Von besonderer Bedeutung ist auch der Unterschied der sponsalia de praesenti und de futuro[66]). In jenen liegt im Verlöbnisse zugleich die Einwilligung zur Ehe, in der Weise, daß man seine Erklärung auf die Gegenwart bezieht: ego te in meam accipio —, ich eheliche dich, während die sponsalia de futuro die zukünftige Ehe verabreden in der Aeußerung: ego te in meam accipiam —, ich werde dich ehelichen. Die sponsalia de praesenti bildeten hiernach eine wirkliche Ehe, ein wahres unauflösliches Sacrament, nur in einer einfachen Form eingegangen, während die sponsalia de futuro als blo-

---

59) M. vergl. die Rechtsfälle in Ulrich, Sommer, Böhle, neues Archiv für preuß. Recht, Bd. 5 (1838), H. 1, Nr. 3, S. 65—75. Simon und v. Strampff, Entscheidungen des königl. geheimen Obertribunals, Bd. 3 (Berlin 1838), Nr. 1.

60) Nach gemeinem Rechte würde ein ohne vormundschaftliche Einwilligung eingegangenes Verlöbniß bindend sein. S. L. 20. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.) C. 8. C. de nuptiis. (5. 4.) Eichhorn, Bd. 2, S. 434.

61) Hedderich, dissertationes iuris can. nr. XII. p. 305 sq.

62) L. ult. D. h. t. — C. 23. 25. X. de sponsalibus.

63) Der benedictio gedenkt Siricius in c. 50. C. XXVII. qu. II. vom J. 385, des Ringes c. 7. §. 3. C. XXX. qu. V. (Isidor. a. 633), und c. 3. eod. (Nicol. I. a. 866); vergl. Petr. Müller, de annulo pronubo. Jenae 1711, 8. Wichtig war auch die Bestärkung durch einen Kuß. S. c. 5. C. Th. ed. VI. de sponsalibus. (3. 5.) Vergl. dazu Jac. Gothofredus und Spangenberg, im Archiv für civilist. Praxis, Bd. 12, H. 2, Nr. 15.

64) Allg. preuß. L.-R. a. a. O. §. 82. Haubold, sächs. Privatrecht, §. 56. S. Mittermaier, teutsches Privatrecht (5. Ausg.), §. 376, Anm. 5. Scholz III., im juristischen Magazin. Neue Folge. Bd. 2, H. 4, Nr. 28. (Braunschweig 1838.)

65) Ob dieß nach röm. Rechte zulässig sei, ist bestritten. S. Mühlenbruch, doctrina Pandectarum, vol. II. §. 249. not. 8. und loc. cit. Nach canon. Rechte ist dieß unzweifelhaft. C. ult. de procuratoribus in VI. (1. 19.) S. auch allg. L.-R. §. 87.

66) S. J. H. Böhmer, ius eccl. Prot. lib. IV. tit. I. §. 10—47. Dan. Nettelbladt, de genuina notione sponsalium de praesenti et de futuro: in den observationes iuris eccl. (Halae 1783, 8.), nr. VII. — C. 9. 31. X. de sponsalibus. (4. 1.)

ßes noch auflösbares Verlöbniß erschienen. Nachdem das Concil von Trient aber der Eheschließung eine bestimmte Form vorgeschrieben (sess. XXIV. cap. 1. de ref. matr.), kann der Unterschied nur noch da einigermaßen von Bedeutung sein, wo das Tridentinum nicht publicirt ist, obgleich auch da durch besondere Verordnungen meistens für die Wirksamkeit der Ehe noch besondere Formen bestimmt worden sind [67]). Jetzt kann es daher im Allgemeinen nicht auf die Wahl der Worte bei Eingehung eines Verlöbnisses ankommen.

Ein Verlöbniß kann mit oder ohne Bedingungen geschlossen werden. Dabei entscheiden die allgemeinen Principien über Schließung und Interpretation der Verträge. Ist die Bedingung eine schändliche oder unmögliche, so wird das Verlöbniß selbst dadurch annullirt [68]). Dahin gehören überhaupt die gegen die Substanz der Ehe gerichteten Bedingungen, wie: contraho tecum, si generationem prolis evites, vel donec inveniam aliam, honore vel facultatibus digniorem, aut, si pro quaestu adulterandam te tradas [69]). Ist die Bedingung an sich zulässig, so ist sie bindend, sie sei suspensiv oder resolutiv. Fällt jene fort, oder tritt diese ein, so verliert das Verlöbniß seinen Effect [70]). Ist eine Gegenleistung verabredet (modus), so kann bei deren Nichterfüllung vom Verlöbnisse zurückgetreten werden [71]). Doch ist auch Erlaß der Bedingung statthaft, und für einen solchen gilt der erfolgte Beischlaf, welcher nach älterem Rechte die bloßen Sponsalien bereits in wirkliche Ehe verwandelte [72]).

Der Effect eines pure geschlossenen oder gewordenen Verlöbnisses ist darauf gerichtet, daß die Ehe vollzogen werde. Daher haben die Verlobten Alles zu meiden, was diese Wirkung hindern könnte. Ein zweites Verlöbniß ist darum unstatthaft, zieht Strafe nach sich und steht dem älteren nach, selbst wenn es eidlich bekräftigt sein sollte [73]). Die Strafe des römischen Rechtes ist Infamie, die des canonischen Kirchenbuße, während die neueren Gesetze gewöhnlich bestimmte Vermögensnachtheile auferlegen [74]).

Schon jetzt entsteht die Pflicht der Treue für die Brautleute, welche sie später in der Ehe zu bewahren haben (fides sponsalitia) [75]).

---

67) Ausdrücklich sind die sponsalia per verba de praesenti im Kurfürstenthum Trier unterm 3. Februar 1757 verboten (Scotti, Sammlung der Gesetze und Verordnungen im vormaligen Kurfürstenthum Trier, Bd. 2, Nr. 567, S. 1101).

68) L. 26. 27. D. de verb. oblig. (45. 1.)

69) C. ult. X. de conditionibus appositis in despons. (4. 5.)

70) C. 3. 5. 6. X. de condit. appos. (4. 5.)

71) C. 3. X. cit. (4. 5.)

72) C. 30. X. de sponsalibus. (4. 1.) C. 1. 3. 6. X. de condition. appos. (4. 5.) S. noch überhaupt preuß. L.-R. §. 95—98.

73) L. 1. 13. §. 2. D. de his qui notantur infamia. (3. 2.) C. 1. 22. 31. X. de sponsalib. (4. 1.) C. un. eod. in VI. (4. 1.) C. 25. 28. X. de iureiurando. (2. 24.) — Tit. X. de sponsa duorum. (4. 4.)

74) S. Cit. der vorigen Anmerk. Vergl. preuß. L.-R. a. a. O. §. 133 — 135.

75) C. 25. X. de iureiur. (2. 24.) C. un. h. t. in VI. (4. 1.) Ob

Eine Klage auf Vollziehung der Ehe giebt das römiſche Recht aus einem Verlöbniſſe nicht, vermöge des Grundſatzes: matrimonia libera esse debent[76]). Auch wird ſelbſt die verabredete Conventionalſtrafe nicht entrichtet, quia inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonium adstringi[77]). Eine arrha (Mahlſchatz) konnte dagegen verloren gehen, da dieſelbe nur Zeichen eines perfecten Vertrages iſt und nicht ein Zwangsmittel zur Erfüllung der Obligation bildet[78]).

Das canoniſche Recht giebt dagegen wirklich eine Klage auf Eingehung der Ehe, ohne aber beim Widerſtreben des Verurtheilten direct zu zwingen[79]). Der geiſtliche Richter kann vielmehr nur indirect durch Cenſuren einwirken[80]), und wenn dieſe nichts fruchten, nach der Praxis blos auf Entſchädigung dringen. Nur dann, wenn auf das Eheverſprechen Beiſchlaf erfolgt war, fordern viele die Nöthigung zur Ehe, die nach älterem Rechte ſchon eo ipso vorhanden war (ſ. Anm. 72). Nach gemeinem Rechte hat jetzt der Richter auf Heurath zu erkennen, Zwang dazu iſt aber ausgeſchloſſen. Speciellere Beſtimmungen geben die Particularrechte. Zum Theil folgen ſie dem römiſchem Princip, wie die badiſche Eheordnung von 1807 §. 14, das öſtreichiſche Geſetzbuch §. 43, das naſſauiſche Geſetz vom 23. April 1822 §. 96. u. m. a., zum Theil ſchließen ſie ſich der canoniſchen Norm an, wie das hannöverſche u. a.[81]). In Preußen ſoll zwar kein Zwang zur prieſterlichen Copulation ſtattfinden, der unter dem Eheverſprechen Geſchwängerten aber das Recht einer geſchiedenen unſchuldigen Frau beigelegt werden[82]). Die Aufhebung eines Verlöbniſſes[83]) kann ohne Bedenken erfolgen, wenn beide Theile übereinſtimmen, ſelbſt wenn der Bund eidlich bekräftigt war[84]). Bisweilen wird dabei gerichtliche Anzeige oder andere Form verlangt. Bei

---

die Braut ſich eines adulterium ſchuldig machen konnte, iſt beſtritten. S. L. 13. §. 3. D. ad l. Iul. de adult. (48. 5.) Mühlenbruch, doctr. Pandect. II. §. 250. not. 5.

76) C. 1. C. de sponsalibus. (5. 1.)

77) L. 71. §. 1. D. de condit. et demonstrat. (35. 1.) L. 134. pr. de verb. obl. (45. 1.) C. 2. C. de inutilib. stipulat. (8. 39.) Vgl. Guyet, über die Wirkſamkeit des Verſprechens einer Conventionalſtrafe bei Eheverlöbniſſen; in Weiß, Archiv des Kirchenrechtes, Bd. 4, Nr. 2, S. 25—38.

78) C. 5. C. de sponsalibus. (5. 1.) Vergl. L. 38. pr. D. de ritu nuptiarum. (23. 12.)

79) C. 10. 17. 22. X. de sponsalibus. (4. 1.)

80) Ob eine Conventionalſtrafe entrichtet werden muß, iſt beſtritten. S. c. 29. X. de sponsalibus. (4. 1.) Vgl. den Anm. 77 cit. Guyet. Eichhorn, Bd. 2, S. 437, Anm. 5.

81) S. Mittermaier a. a. O. Anm. 7. Grefe, Leitfaden zum Studium des hannöverſchen Privatrechtes, Th. 2, §. 76. Civilrechtsſprüche der höheren Gerichtsſtellen in Württemberg (Heilbronn 1835, 8.), Bd. 1, Nr. 12.

82) Vergl. allg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 1047 flg. Die durch die Conſtitution vom 10. April 1607 und 9. Jan. 1698 in Sachſen verordneten Zwangscopulationen ſind durch das Reſcript vom 7. Nov. 1808 abgeſchafft (Haubold, ſächſ. Privatrecht, §. 59).

83) J. H. Böhmer, diss. de probatis repudiorum causis (Halae 1718, 4.), Eiusd. ius eccl. Prot. lib. I. tit. I. §. 46 sq., 146 sq.

84) C. 2 X. de sponsalib. (4. 1.) C. 25. X. de iureiur. (2. 24.)

einseitigem Rücktritte (repudium)[85]) sind stets bestimmte Gründe nothwendig. Als solche werden besonders genannt alle diejenigen, welche die Ehe selbst aufheben würden; außerdem aber der Eintritt von Umständen, bei deren Vorhandensein man das Verlöbniß nicht würde eingegangen haben, wie dauernde Krankheit, körperliche Verunstaltung, Armuth, Religionswechsel u. dergl. m. Sodann Verletzung der fides sponsalitia, Eingehung eines anderen Verlöbnisses, Eintritt ins Kloster, Annahme einer höheren Weihe, absichtliche Verschiebung des Abschlusses der Ehe u. a.[86]). Ist keine causa rationabilis vorhanden, so hat der andere Theil Anspruch auf Entschädigung.

3) Bedingungen der Eingehung der Ehe[87]).

Der Abschluß einer Ehe kann, wie der eines jeden rechtlichen Geschäftes, nur unter gewissen Voraussetzungen erfolgen, deren Nichtvorhandensein daher die Eingehung der Ehe verhindert. Der Mangel der zur Ehe erforderlichen Requisite bildet somit ein Ehehinderniß (impedimentum matrimonii). Der Grund zur Statuirung eines solchen liegt theils in der Natur der Sache selbst, theils beruht er auf durch besondere Umstände hervorgerufenen Satzungen. Die wirkliche Geltung im Leben kann aber immer nur von der Anerkennung des Gesetzes abhängen. Die Bedeutung der Ehehindernisse ist verschieden, je nachdem dieselben die Ehe in einer Weise afficiren, daß bei deren Dasein dieselbe durchaus nicht bestehen kann, oder so, daß die Ehe zwar möglich ist, aber aus guten Gründen die Eingehung derselben untersagt wird. Im ersten Falle muß deßhalb eine ungeachtet des Defectes geschlossene Ehe wieder aufgelöst werden, im zweiten Falle bleibt die Ehe zwar bestehen, die Uebertreter des Gesetzes sind jedoch strafbar. Jene sind daher impedimenta dirimentia (trennende), diese impedientia (aufschiebende), und die Ehe selbst ist eine nichtige oder eine ungiltige[88]). Mit Rücksicht auf den Einfluß, den solche Hindernisse und deren Uebertretung auf die Gesammtheit und auf Einzelne üben können, werden dieselben ex officio in Betracht gezogen (impedimenta publica), oder es wird den Betheiligten überlassen, davon Anzeige zu machen (impedimenta privata)[89]). Je nachdem die Hindernisse unter allen Umständen oder nur in Beziehung auf bestimmte Personen vorhanden sind, werden dieselben absolute oder relative.

Zu den absoluten Impedimenten gehört vor Allem die Abwesenheit

---

85) L. 101. §. 1. L. 191. D. de V. S. (50. 16.)

86) C. 5. C. de sponsalibus. (5. 1.) C. 5. 6. 10. 22. X. de sponsalibus. (4. 1.) C. 3. X. de coniug. lepros. (4. 8.) u. a. Allg. L.-R. a. a. O. §. 100—111. — Cod. Maximil. Bavar. civil. P. I. cap. 6. §. 3 sq.

87) Jo. Aug. Apel, diss. I. et II. de causis matrimonii adnullandi. Lipsiae 1798, 1799, 4. — Vergleichung des gemeinen Kirchenrechtes mit dem preuß. allg. Landrechte, in Ansehung der Ehehindernisse, von Daniel (d. i. Neigebauer). Berlin 1823, 8.

88) C. 1—3. X. de matrimonio contracto contra interdictum ecclesiae. (4. 1.) Allg. preuß. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 945, 946.

89) C. 21. X. de sponsalib. (4. 1.) C. 2. X. de eo qui duxit in matrimonium. (4. 7.) C. 6. X. qui matrim. accusare possunt. (4. 18.)

der physischen Fähigkeit. Diese ist durch ein bestimmtes Alter bedingt. Das römische Recht fordert die Pubertät der Contrahenten, für Männer das 14., für Frauen das 12. Jahr [90]), während das canonische Recht in diesem Termine nur eine Präsumtion der erlangten Reife findet und, wenn diese früher vorhanden sein sollte, auch jüngeren Personen die Ehe gestattet [91]). Neuere Gesetze fordern aber ein höheres Alter, für Frauen gewöhnlich das 14., für Männer das 18., wie das preuß. Recht, oder ein noch höheres, wie das sächsische, oldenburgische das 21. [92]). Das Greisenalter ist kein Hinderniß [93]), doch nehmen mitunter Statuten auf das Verhältniß des Alters beider Theile Rücksicht, und bestimmen z. B., daß eine Frau über 40 Jahre keinen Mann heurathen solle, welcher 10 Jahre jünger ist [94]). Zeugungsunfähigkeit ist an sich kein Ausschließungsgrund, da die Kinderzeugung nicht zur essentia matrimonii gehört (s. oben). Das römische Recht läßt daher auch die Ehe der Spadonen zu, und gestattet die der Kastraten wegen ihrer Unwürdigkeit nicht [95]). Die der letzteren verbietet auch Sixtus V. in der Constitutio: Cum frequenter von 1589 [96]). Eine absolute Unfähigkeit hindert nicht, wenn dieselbe den Contrahenten bekannt war, als sie die Ehe schlossen. Auch können sie dem Rechte, aus der später erkannten Impotenz auf Annullirung der Ehe anzutragen, entsagen [97]).

Aus physischem Grunde ist auch den Wahnsinnigen die Ehe untersagt [98]), nicht aber Blinden und Taubstummen [99]), welche ja des Consenses fähig sind. Da überhaupt die Willensfreiheit hierbei von der höchsten Bedeutung ist, so kann der durch wirklichen Zwang (vis et metus) herbeigeführte Consens nicht obligiren [100]), und ein deßhalb geleisteter Eid nicht bindend sein [101]). In Betracht kommt auch der Irrthum, welcher hindernd wird, wenn er sich auf die Person im Ganzen bezieht, so daß also eine Verwechselung stattfindet [102]), oder wenn er die wesentlichen

---

90) Pr. J. de nuptiis. (1. 10.) L. 4. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.) — C. 3. C. quando sutores. (5. 60.) Justinian tritt hier der Ansicht der Proculejaner bei und verwirft die körperliche Untersuchung, welche der Ansicht der Sabinianer gemäß erfolgen müßte.

91) C. 3. 8. 10. 14. X. de desponsat. impuberum. (4. 2.)

92) Preuß. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 37, Anhang §. 66. Das österreich. Gesetzbuch, Art. 21 und 48, hat für beide Geschlechter das 14. Jahr bestimmt. — Sächs. Mandat vom 20. Sept. 1826. Oldenburg. Gesetz vom 29. März 1833.

93) C. 27. C. de nuptiis. (5. 4.)

94) S. Mittermaier, Privatrecht, §. 377, Anm. 1.

95) L. 39. §. 1. D. de iure dotium. (23. 3.)

96) Bullarium Rom. T. II. p. 587.

97) C. 1. 4. 5. X. de frigidis. (4. 15.) Vgl. österreich. Gesetzbuch Art. 60, 100, 101. Preuß. allg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 2, 696, 697.

98) C. 24. X. de sponsalibus. (4. 1.)

99) C. 23. X. de sponsalib. (4. 1.)

100) C. 6. 14. 15. 16. 28. X. de sponsalib. (4. 1.) Allg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 38 flg.

101) C. 2. X. de eo qui duxit in matrim. (4. 7.)

102) S. z. B. Code civil art. 180.

Eigenschaften derselben trifft, wie Freiheit [103]), Keuschheit [104]), insbesondere wenn die Person bereits von einem Dritten schwanger ist [105]) u. a. m. [106]).

Zum juristisch freien Consense gehört aber auch die Einstimmung derer, denen die Gewalt über die Contrahirenden zusteht. Daher wird vor Allem die Einwilligung des Hausvaters [107]) beim Abschluß der Ehe eines unter väterlicher Gewalt stehenden Kindes gefordert, und der Mangel dieser Einwilligung annullirt nach römischem Rechte die Ehe [108]). Das ältere canonische Recht bestätigte dieß [109]), nahm aber zugleich auf den Consens der Mutter Rücksicht [110]). Das spätere Recht wich indessen davon ab, und die durch die Praxis auf die Unauflöslichkeit des Ehesacramentes gestützte Ansicht, daß eine ohne elterlichen Consens einmal geschlossene Ehe nicht mehr angefochten werden könne, ward durch das Concil von Trient befestigt. S. synodus anathemati damnat, qui ea vera ac rata esse negant, quique falso affirmant, matrimonia a filiis familias sine consensu parentum contracta, irrita esse et parentes ea rata vel irrita facere posse [111]). Diese Bestimmung wurde für die katholischen Staaten entscheidend, während die protestantischen dem römischen Principe folgten. Die Landesgesetze weichen indessen von einander ab [112]). Wird der Consens der Eltern nachgesucht, so darf er immer nur aus den gesetzlichen Gründen, welche auf das Wohl des Kindes basirt sind, verweigert werden, widrigenfalls die Obrigkeit die Einwilligung ergänzt [113]).

Außerdem wird aber unter Umständen auch der Consens anderer

---

103) C. XXIX. qu. II. — C. 2. 4. X. de coniugio servorum. (4. 9.)

104) C. 25. X. de iureiurando. (2. 25.)

105) Oesterreich. Gesetzbuch Art. 58. Vergl. Bernard Saur, Abhandlung über die Frage: ist die Ehe, wenn der Ehemann seine Gattin nach der Verehelichung von einem Anderen schwanger findet, auch in geistlicher Hinsicht ungiltig zu erklären? Mannheim 1839, 8.

106) S. preuß. L.-R. a. a. O. §. 40.

107) G. L. Böhmer, de necess. parentum consensu in nuptiis liberorum; in den electis iuris civ. T. I. nr. XIV. Vgl. oben Anm. 56 flg.

108) Pr. §. 12. J. de nuptiis. (1. 10.) L. 2. 3. 18. 25. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.)

109) C. 5. C. XXX. qu. V. (Conc. Carth. IV. c. 13. a. 398, auch in c. 33. d. XXIII.). Vergl. c. 1. C. XXX. qu. V. c. 2. C. XXXV. qu. VI.

110) S. Eichhorn, Kirchenrecht, Bd. 2, §. 358.

111) Vgl. c. 13. X. de sponsalibus (4. 1.) (Alexander III. a. 1170); c. 3. X. de divortiis (4. 19.) (Alexander III. a. 1180); c. 6. X. de raptoribus (5. 17.) (Lucius III. a. 1181); c. 3. X. qui matrimonium accusare possunt (4. 18.) (Clemens III. a. 1190); c. 6. X. de conditionibus appositis (4. 5.) (Innocent. III. a. 1201). — Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 1 de ref. matrim. Eichhorn a. a. O. S. 360—364.

112) Die wichtigeren weist Mittermaier a. a. O. §. 377 nach.

113) Mittermaier a. a. O. Anm. 18—20. Preuß. L.-R. a. a. O. §. 59 flg., §. 68 flg. Vgl. auch Pfeiffer, über die rechtlichen Erfordernisse der richterlichen Ergänzung der von den Eltern verweigerten Einwilligung zur Verheurathung ihrer Kinder; in den praktischen Ausführungen, Bd. 5 (Hannover 1838, 4.), Nr. 4.

Personen nothwendig, wie des Vormundes, des vormundschaftlichen Gerichtes, des Regenten, der Directoren der Collegia, des Chefs eines Regimentes, des Gutsherrn u. a. [114]). Der Hauptgrund für die Einholung des Consenses Seitens der Beamten ist die vom Staate zu gewinnende Ueberzeugung, daß die Frau und Kinder später im etwaigen Wittwen- und Waisenstande ihren Unterhalt finden, der Mann also einer Versorgungsanstalt beigetreten sei.

Bisweilen ist auch der Consens der Communen für die Ehe armer, von ihnen unterhaltener Personen hergebracht [115]), so wie bei der Ehe von Ausländern mit Inländerinnen die Genehmigung der Obrigkeit des Ausländers [116]).

Ein absolutes Ehehinderniß besteht auch für bereits verheurathete Personen (impedimentum ligaminis), wegen des Verbotes der Polygamie [117]). Diejenigen, welche feierlich Keuschheit gelobt haben (votum solenne), können nach den Grundsätzen der katholischen Kirche keine giltige Ehe mehr eingehen. Dieß gilt sowohl von denen, die das Klostergelübde gethan haben, als den Weltgeistlichen, die sich im Besitze eines ordo maior befinden [118]). — Ebenfalls hindernd ist ein bereits bestehendes Verlöbniß mit einer anderen Person [119]), so wie die geschlossene Zeit (s. unten Anm. 261 folg.) und das Trauerjahr (s. unten Anm. 436 folg.).

Zu den nur im Verhältnisse bestimmter Personen in Betracht kommenden, also relativen Ehehindernissen, gehört vor Allem das wegen Verwandtschaft und Schwägerschaft.

Natürlich-politisch-moralische Gründe [120]) rechtfertigen das Verbot der Ehe zwischen Personen, die in einer nahen häuslichen und verwandtschaftlichen Beziehung stehen. Bei allen cultivirten Völkern finden wir daher auch schon frühzeitig bestimmte desfallsige Anordnungen. Für das jetzige

---

114) Genaue Festsetzungen finden sich in den Particularrechten. So verordnet ein Beschluß des preuß. Staatsministeriums vom 7. Nov. 1837, daß der Consens des Vorgesetzten von Allen denen einzuholen sei, die im unmittelbaren Civildienste des Staates stehen, gleichviel ob sie definitiv oder nicht, auf bestimmte oder unbestimmte Zeit, gegen Einkommen oder ohne ein solches angestellt sein.

115) S. Hansen, über das Heurathen der Armen und das dabei betheiligte Recht der Communen. Altona 1832, 8.

116) Hierbei ist festgesetzt, daß die Ehe mit einer Ausländerin wegen Armuth nicht versagt werden soll (Rescript der Regierung zu Merseburg vom 17. Febr. und des Ministeriums vom 14. April 1838, in v. Kamptz, Annalen, (1838), Bd. 22, H. 2, S. 273).

117) S. oben Anm. 21 flg. Vgl. §. 6. J. de nuptiis (1. 10.); c. 2. C. de incestis nuptiis. (5. 5.)

118) S. Nov. 5. cap. 8. Nov. 6. cap. 1. §. 7. Nov. 123. cap. 14. 29. C. un. de voto in VI. (3. 15.) (Bonifac. VIII. a. 1298). Vergl. den Art. Cölibat, Bd. 2, S. 687.

119) S. oben. Vgl. c. 31. X. de sponsalibus (4. 1.); c. 1. 3. X. de sponsa duorum. (4. 4.)

120) C. F. Ammon, über das moralische Fundament der Eheverbote unter Verwandten (Göttingen 1798—1801, 4.), 3 Abth. Jörg u. Tzschirner oben cit.

gemeine Recht ist auf das mosaische, römische und canonische Recht vorzugsweise Rücksicht zu nehmen.

a) Verwandtschaft [121]).

Bei den Juden [122]) war in der Zeit der Patriarchen die Ehe unter nahen Verwandten nicht unstatthaft, und es findet sich selbst eine Geschwisterehe [123]). Das mosaische Recht verbietet aber die Ehe unter Blutsverwandten in folgenden Fällen: mit der Mutter, des Sohnes Tochter, der Tochter Tochter, der vollbürtigen und halbbürtigen Schwester, der Mutter Schwester [124]). Das römische Recht [125]) nennt, wie das mosaische, die einzelnen Personen, welche sich nicht heurathen dürfen, folgt dabei aber einem bestimmten Princip, welchem gemäß es alle namhaft macht. Es unterscheidet in der graden Linie die Verwandten auf- und abwärts (Ascendenten und Descendenten) und verbietet in dieser die Ehe in infinitum [126]). In der Seitenlinie untersagt es die Ehe der Geschwister und in den Fällen des sogenannten respectus parentelae [127]), indem ein besonderes Respectverhältniß für Descendenten gegen die Personen entsteht, welche von dem gemeinschaftlichen Stammvater nur um Einen Grad entfernt sind und daher parentis loco erscheinen [128]). Die unter Claudius verstattete Ehe mit des Bruders Tochter ward später aufgehoben [129]), und die Ehe unter Geschwisterkindern (consobrini), die Anfangs erlaubt, dann verboten war, wurde später wieder zugelassen [130]).

---

121) Karl Aug. Mor. Schlegel, kritische und systematische Darstellung der verbotenen Grade der Verwandtschaft und Schwägerschaft bei Heurathen, nach dem mosaischen Gesetze, dem röm. und canon. Rechte und den protestantischen Kirchenordnungen. Hannover 1802, 8.

122) Joh. Selden, uxor Hebraica. Witteberg. 1712, 4. Michaelis, Abhandl. von den Ehegesetzen Moses, welche das Heurathen in die nahe Freundschaft untersagen. Göttingen 1768, 4. Desselben mosaisches Recht, Th. 2, S. 217 flg. Jahn, Archäologie, Bd. 1, Th. 2, §. 177.

123) 1. Mosis 20, 12., ähnlich wie bei den Persern, Aegyptern, Griechen. S. Herodot, lib. III. cap. 21. Diodor., lib. I. c. 53.

124) 3. Mosis 18, 6. flg.; 20, 17. flg. 5. Mosis 27, 23. Darüber, ob in diesen Stellen wirkliche Eheverbote enthalten seien, ist übrigens mehrfach gestritten worden. S. Mich. Weber, opuscula academica eaque apologetica. Lipsiae 1828, 8. (Apologia pro Frejo et de coniugiis in Codice sacro vere prohibitis). Die Bestimmungen des mosaischen Rechtes sind fast wörtlich in den Koran übergegangen. Sura IV. 1—8.

125) S. Faber, vicissitudines iuris romani de incestis nuptiis. Lipsiae 1763.

126) §. 1. J. de nuptiis. (1. 10.) L. 53—55. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.)

127) §. 2. 3. J. de nuptiis. (1. 10.) L. 54. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.) C. 19. C. de nuptiis. (5. 4.)

128) L. 39. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.) S. Dirksen, Beiträge zur Kunde des röm. Rechtes, Nr. 4, S. 248 flg.

129) Tacit., Annal. lib. XII. cap. 5—7. Vergl. Caius, I. §. 62. Ulpian, tit. V. §. 6. — Dio Cass., lib. LXVIII. cap. 2. C. 1. C. de incestis nuptiis. (5. 5.)

130) Vgl. c. 3. C. Th. de incestis nuptiis (3. 12.) (Arcad. et Honor. a. 396); c. 1. C. Th. si nuptiae ex rescripto petantur (3. 10.) (Honor. et Theodor. a. 409); c. 19. C. J. de nuptiis (5. 4.) (Arcad. et Honor. a. 405); §. 4. J. de nuptiis. (1. 10.)

In der Kirche [131]) folgte man Anfangs den mosaischen und römischen Bestimmungen, fing aber später an, bereits zum Theil seit dem fünften Jahrhunderte, strengere Grundsätze aufzustellen. Die Ehe unter Consobrinen ward gemißbilligt [132]) und dann förmlich verboten [133]), ja selbst auf die Ehe der Kinder der Consobrinen (sobrini) das Verbot ausgedehnt [134]), ohne indessen eine solche Verbindung, wenn sie einmal eingegangen war, wieder aufzuheben. Es bestand somit ein Eheverbot bis zum sechsten Grade der Seitenlinie nach der Berechnungsweise des römischen Rechtes, das dem nun aufgestellten Princip: Niemand solle sich mit einem Blutsverwandten vermählen [135]), zu entsprechen geeignet war, da mit dem sechsten Grade überhaupt die Verwandtschaft ein Ende zu nehmen schien, deßhalb auch die Erbfolge aufhöre [136]). Dieselbe Ansicht ward auch in Teutschland schon früh geltend und durch das canonische Recht befestigt [137]). In Teutschland wich aber die Art der Verwandtschaftszählung von der römischen Weise ab, indem man nicht bei dem Nachweise der Grade der Seitenlinie auf beiden Seiten, sondern die Generation nur auf einer Seite zählte, und dieser Berechnungsart bediente sich auch die Kirche, jedoch längere Zeit neben der römischen, bis Alexander II. im Jahre 1065 bei Gelegenheit eines Streites zwischen Petrus Damiani und den römisch gebildeten Juristen von Ravenna die computatio legum der computatio canonum nachsetzte, also ausdrücklich die teutsche Weise für die kirchliche erklärte [138]). Indem man nun die römischen Grade und die canonische Generationsrechnung bezüglich der Zahl der Eheverbote identificirte, wurden die Verwandten bis zur septima generatio, d. h. dem 14. Grade römischer Computation für unfähig erklärt, einander zu heurathen [139]). Die vielen Mißverhältnisse, die hieraus entstanden, bewogen Innocenz III. im Jahre 1216 zu einer Beschränkung der Eheverbote bis auf den 4. Grad canonischer Computation inclusive [140]). Gregor IX. verordnete noch, daß die Ehe zwischen zwei Personen, deren eine im 4., die andere im 5. Grade vom Stammvater entfernt seien, zulässig wäre, da man in der ungleichen Linie auf den ent-

---

131) S. Th. Laspeyres, diss. inaug. canonicae computationis et nuptiarum propter sanguinis propinquitatem ab ecclesia christiana prohibitarum sistens historiam, Berolin. 1824, 8.; verb. Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgeschichte, Bd. 1, §. 183; Walter, Kirchenrecht, §. 303, 304.

132) Augustinus, de civitate Dei, lib. XV. cap. 16: Honestius consobrinarum prohibita esse coniugia.

133) Conc. Agathense a. 506 (c. 8. C. XXXV. qu. II.).

134) Eichhorn, Rechtsgesch. cit. Anm. 1, S. 772.

135) Conc. Roman. a. 721, can. 9: Si quis de propria cognatione, vel quam cognatus habuit, duxerit uxorem, anathema sit.

136) S. Paulus, rec. sent. lib. IV. tit. XI. §. 8, übergangen in c. 6. C. XXXV. qu. V.

137) S. Mittermaier, teutsches Privatrecht, §. 45 a. E.

138) C. 2. C. XXXV. qu. V.

139) C. 17. C. XXXV. qu. II. (Conc. Rom. a. 1059, c. 11). C. 1. X. de consanguinitate (4. 14.) (Alexander III. a. 1172).

140) C. 8. X. de consanguin. (4. 14.)

fernteren Grad zu achten habe[141]). Ueber die Erklärung dieses Ausspruches haben sich verschiedene Meinungen gebildet, indem Einige annehmen, dadurch sei eine Verordnung Cölestin's III.[142]) aufgehoben, in welcher bestimmt ist: daß wenn einer im 6. oder 7. Grade vom Stammvater abstehe, er sich doch mit einer Seitenverwandten aus dem 2. oder 3. Grade nicht vermählen dürfe, während Andere diese Extension für unstatthaft halten und die Bestimmung Gregor's auf den Fall des 4. und 5. Grades beschränken[143]). Die Praxis hat sich mehr für die erstere Ansicht entschieden[144]).

In der evangelischen Kirche[145]) schloß man sich an die bestehende Praxis an, indem man nur die Fälle, in denen regelmäßig dispensirt wurde (s. unten), völlig frei zu geben vorzog. Anfangs ward daher die Ehe im 3. Grade gleicher und im 3. und 4. Grade ungleicher Linie verstattet[146]). Da die Gesetzgebung in Ehesachen den Landesherren zufiel, wurde von diesen das römische Recht als gemeines mit festgehalten, daher auch der respectus parentelae berücksichtigt, und vom mosaischen Rechte, als positiv-göttlicher Satzung, zugleich nicht abgewichen[147]). Seit dem 18. Jahrhunderte wurde aber weiter dispensirt, und dadurch Anlaß gegeben, die Eheverbote noch mehr zu beschränken. Uebereinstimmung findet sich indessen in den einzelnen Territorien nicht. In Preußen ist die Ehe in der Seitenlinie nur unter Geschwistern und in dem Falle des respectus parentelae verboten, wenn Jemand seine ältere Tante heurathen will[148]). Katholische Unterthanen, welche sich hiernach richten wollen, werden in bürgerlicher Hinsicht geschützt[149]). Andere evangelische Territorien gehen aber weiter. So in Sachsen[150]), Hessen u. a.[151]) allgemeiner wegen des respectus parentelae. Auch die bürgerliche Gesetzgebung katholischer Staaten steht im Allgemeinen auf demselben Standpunkte. So verbietet z. B. das österreichische Recht[152]) die Ehe zwischen voll- und halbbürtigen Geschwistern, zwischen Geschwisterkindern, mit dem Oheime und der Muhme väterlicher und mütterlicher Seite.

---

141) C. 9. X. eod.

142) C. 3. X. eod.

143) M. s. z. B. Walter, §. 304, Note f; Stapf, S. 235, u. A. Dagegen Lancelott, instit. iure can. lib. II. tit. XIII. §. 10; Eichhorn, Bd. 2, S. 391, 392 u. cit.

144) Auch die Ansicht des röm. Stuhles scheint dafür mehr zu sprechen. M. vergl. die Constitution Pius V. vom 20. März 1566 im Bullar. Magn. tom. II. p. 206.

145) S. Schlegel a. a. O. S. 250 flg. Eichhorn, Bd. 2, S. 393 flg.

146) Kirchenordnung des Herzogs Moritz von Sachsen von 1543.

147) Weber, sächsisches Kirchenrecht, I. I. S. 21 flg.

148) Allg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 3, 4. Vgl. preuß. Landrecht von 1721, Buch 2, Tit. 2, Art. 1.

149) Allg. L.-R. Th. 2, Tit. 11, §. 442, 443; Anhang zum L.-R. §. 130.

150) Mandat vom 11. Mai 1623. Regulativ v. 15. Jan. 1808.

151) So ist nach der Verordnung vom 25. Mai 1676 die Ehe unter Geschwisterkindern in der Stadt Frankfurt a. M. verboten (Bender, Privatrecht der Stadt Frankf. a. M. §. 9).

152) Allg. Gesetzbuch Art. 65.

In allen diesen Fällen macht eheliche oder außereheliche Verwandtschaft keinen Unterschied [153]).

b) Schwägerschaft [154]).

Unter Schwägerschaft (affinitas) versteht man die Verbindung des einen Ehegatten zu den Blutsverwandten des anderen Gatten. Wirkliche Affinität (affinitas legitima) setzt eine Ehe voraus. Außereheliche Geschlechtsgemeinschaft erzeugt eine affinitas illegitima, und auf Adoption, geistliche Verwandtschaft und Verlöbniß stützt sich eine affinitas ficta (quasi affinitas) (s. unten).

Der Entwickelungsgang der aus der Schwägerschaft hervorgegangenen Eheverbote ist aber dem der Eheverbote aus der Verwandtschaft durchaus ähnlich.

Das mosaische Recht untersagt die Ehe mit der Stiefmutter, Stieftochter, Schwiegermutter, Schwiegertochter, Tochter des Stiefsohnes und der Stieftochter, des Bruders Frau, des Vaters Bruders Frau [155]). Die Ehe mit der Frau des verstorbenen Bruders, wenn kein Sohn nachblieb, war dagegen sogar eine Pflicht für den Bruder, und für die Wittwe selbst Nothwendigkeit, wenn sie nicht geschmäht werden sollte. (Leviratsehe) [156]). Die Ehe mit der Schwester der verstorbenen Frau war nicht verboten [157]). Das römische Recht untersagt nur die Ehe mit der Schwieger- und Stiefmutter, so wie der Schwieger- und Stieftochter [158]), und später auch mit der Frau des verstorbenen Bruders, so wie der Schwester der verstorbenen Frau [159]).

Diese beiden letzten Fälle waren bereits Ausfluß des strengeren kirchlichen Princips, das aber anfangs dem römischen und mosaischen Rechte folgte, seit dem 5., besonders jedoch seit dem 8. Jahrhunderte in ähnlicher Weise, wie bei den Eheverboten wegen Verwandtschaft, bis zur siebenten Generation ausgedehnt wurde [160]). Innocenz III. traf dann im Jahre 1216 die Einschränkung bis auf die vierte Generation [161]).

Neben der eigentlichen Schwägerschaft (affinitas primi generis) statuirte man auch eine solche für das Verhältniß zwischen einem Ehegatten und den Schwägern des anderen (affinitas secundi generis), so wie für das

---

153) Ueber den Fall der Dispensation des Anhanges zum preuß. L.-R. §. 62 s. unten Anm. 236.

154) E. Otto, diss. de vetitis affinium nuptiis; in Oelrichs, novus thesaur. diss. Belgicar. V. 3. P. 2. nr. 6. Gmelin, de vero conceptu affinitatis eiusque gradibus et generibus nec non eius effectu respectu matrimonii prohibiti. Tubing. 1801. S. auch Schlegel, Anm. 121 cit.

155) 3. Mosis 18, 8., 15. flg.; 20, 11. flg., 20. flg. 5. Mosis 28, 22.

156) Viri frater, levir. L. 4. §. 6. D. de gradibus. (38. 10.) 5. Mosis 25, 5. flg. Vgl. F. Benary, de Hebraeorum leviratu. Berolin. 1835, 4. Redslob, die Leviratsehe. Leipzig 1836, 8.

157) Vgl. 3. Mosis 18, 15. (s. oben Anm. 20).

158) §. 6. J. de nuptiis. (1. 10.) L. 14. §. 4. D. ritu nuptiarum. (23. 2.) C. 17. C. de nuptiis. (5. 4.)

159) C. 5. 8. 9. C. de incestuosis nuptiis. (5. 5.) Vergl. c. 2. 4. C. Th. eod. (3. 12.)

160) S. die Anm. 135 flg. cit. Stellen.

161) C. 8. X. de consanguinit. (4. 14.)

Verhältniß des einen Ehegatten zu den Schwägern des zweiten Grades des anderen (affinitas tertii generis) [162]), und begründete hier ebenfalls Ehehinderniſſe [163]), welche aber Innocenz III. aufhob [164]). Die Beſtimmungen des canoniſchen Rechtes ſind wohl nur aus einer Ausdehnung des römiſchen Rechtes hervorgegangen, welches in einem einzelnen Falle, welcher der affinitas secundi generis ſubſummirt werden kann, die Ehe des Stiefvaters mit der Frau des Stiefſohnes und der Stiefmutter mit dem Manne der Stieftochter verbietet [165]). Ob dieſer Fall durch Innocenz III. zugleich aufgehoben worden ſei, iſt beſtritten. Es dürfte aber wohl in Beziehung auf das canoniſche Recht dieß bejaht und die fortdauernde Geltung dieſes Falles von der beſonderen Reception abhängig gemacht werden können [166]).

Die illegitime Schwägerſchaft, hervorgehend aus der Geſchlechtsgemeinſchaft mit einer Blutsverwandten der Braut, hinderte früher überhaupt [167]), ſpäter bis zum zweiten Grade den Abſchluß der Ehe [168]). Iſt es aber eine affinitas illegitima superveniens, die alſo durch einen Ehebruch mit einer Verwandten des anderen Gatten erzeugt wird, ſo wurde nach älterem Rechte die Ehe nichtig, und der unſchuldige Theil konnte eine andere Ehe ſchließen [169]). Später hörte dieß trennende Impediment zwar auf, einen ſolchen Effect zu erzeugen, dem Unſchuldigen ward aber frei gegeben, die eheliche Pflicht zu verſagen (matrimonium claudicans, unvollkommene Ehe) [170]).

Wegen des Verlöbniſſes entſtand nach römiſchem Rechte ein impedimentum publicae honestatis zwiſchen der Braut mit dem Vater des Bräutigams und dem Sohne mit der Braut des Vaters [171]). Das canoniſche Recht dehnte dieſes Verbot als quasi affinitas auch auf die Seitenlinie weiter aus [172]), doch beſchränkte es das Concil von Trient auf den erſten Grad [173]).

---

162) Gratian, post. c. 21. C. XXXV. qu. II. et III.

163) C. 12. 22. C. XXXV. qu. II. et III.

164) C. 8. X. cit. (4. 14.)

165) L. 15. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.)

166) M. vergl. Heisler, juriſtiſche Abhandlungen und Unterſuchungen. Halle 1783, 4. Sammlung II, Nr. 4. S. auch J. H. Böhmer, ius eccl. Prot., lib. IV. tit. XIV. §. 33.

167) C. 5. 6. 10. C. XXXV. qu. II. et III. C. 2. 5. 7—9. X. de eo qui cognovit consang. uxoris. (4. 13.)

168) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 4 de ref. matr. Vgl. noch Heisler, Anm. 166 cit. Sammlung I, Nr. 4.

169) C. 19. 20. 21. 24. C. XXXII. qu. VII.

170) C. 6. 9. 10. 11. X. de eo qui cognovit consang. uxoris. (4. 13.) Darüber, ob derſelbe Erfolg eintrete, wenn der ehebrecheriſche Theil mit eigenen Verwandten zu thun habe, ſind abweichende Meinungen aufgeſtellt (ſ. Weiß, Archiv des Kirchenrechtes, Bd. 5, H. 2, Nr. 11). Dadurch, daß mit dem Ehebruche auch Inceſt concurrirt, dürfe wohl im Reſultate keine Aenderung eintreten, wenn gleich eine affinitas illegitima nicht entſteht.

171) §. 9. J. de nuptiis. (1. 10.) L. 12. §. 1. 2. L. 14. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.)

172) C. 11. 12. 14. 15. 31. 32. C. XXVII. qu. II. C. 3. 4. 8. X. de sponsalibus. (4. 1.) C. un. de sponsalibus in VI. (4. 1.)

173) Sess. XXIV. cap. 3 de ref. matr.

Die Evangelischen [174]) erkannten im Allgemeinen das Princip der Eheverbote wegen Schwägerschaft analog den Impedimenten wegen der Verwandtschaft an. Man schloß sich auch hier vielfach dem römischen Rechte an, insbesondere auch hinsichtlich der Quasiaffinität [175]). Die neueren Gesetzgebungen sind meistens milder und lassen die Quasiaffinität unbeachtet. Das preußische Recht verbietet nur die Ehe wegen Schwägerschaft, sowohl der legitimen, als illegitimen, in der geraden Linie [176]), während das französische noch den ersten Grad der Seitenlinie ausschließt [177]), das österreichische Gesetzbuch aber ganz der Analogie der Blutsverwandtschaft folgt [178]).

c) Bürgerliche Verwandtschaft und Schwägerschaft [179]).

Durch Arrogation und Adoption entsteht nach römischem Rechte ein verwandtschaftlicher Nexus (adoptio imitatur naturam) zwischen dem Adoptivkinde und dem Adoptivvater und den Agnaten desselben, dessen Wirkung sich auch auf das eheliche Verhältniß bezieht und analog der Blutsverwandtschaft und Schwägerschaft beurtheilt wird [180]). Als ein gesetzlich begründetes Verhältniß kann dasselbe eigentlich nur so lange von Bedeutung sein, als das Factum der Verwandtschaft besteht [181]). Mit dem Aufhören desselben hört daher auch das Impediment selbst auf. Das römische Recht hat diesen Grundsatz aber nur in der Seitenlinie durchgeführt, so daß Adoptivgeschwister nach der Emancipation einander heurathen können [182]). In der geraden Linie geht dagegen das Verbot der Ehe unter den Adoptivverwandten wegen des Anstandes über die Grenzen der juristischen Verwandtschaft hinaus und es wirkt dasselbe nicht blos nach der Auflösung des Nexus, sondern selbst da, wo die Adoption gar keine Verwandtschaft begründet, nämlich im Verhältnisse zu den Cognaten. Die Ehe bleibt daher untersagt zwischen dem Adoptivkinde mit den Adoptiveltern, nämlich dem Vater mit der Adoptiv-Tochter und -Enkelin [183]), und nach der Analogie der Schwägerschaft dem Adoptivsohne mit der Frau des Adoptivvaters und dem Adoptivvater mit der Frau des Adoptivsohnes [184]).

Das canonische Recht folgt lediglich dem römischen [185]), welchem

174) Eichhorn, Bd. 2, S. 415 flg.
175) J. H. Böhmer, ius eccl. Prot., lib. IV. tit. XIV. §. 33.
176) Allg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 5, 6.
177) Code civil. art. 161, 162.
178) Allg. Gesetzbuch Art. 66.
179) S. Cuiacii, observationes, lib. XXIII. cap. 36. Contius, in den lectiones subsecivae lib. I. cap. 5 (opera p. 18 sq.). J. J. Lang, über das Ehehinderniß der sogen. bürgerlichen oder gesetzlichen Verwandtschaft, im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 21, Heft 2, Nr. 12; H. 3, Nr. 17.
180) §. 4. J. de adoption. (1. 11.)
181) §. 7. J. cit. L. 6. 7. 23. D. de adoption. (1. 7.)
182) L. 17. pr. D. cit.
183) §. 1. J. de nuptiis. (1. 10.) L. 55. pr. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.)
184) L. 14. pr. §. 1. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.)
185) C. 1. 5. C. XXX. qu. III. C. 6. eod. (= L. 17. D. de ritu nuptiarum). C. un. X. de cognatione legali. (4. 12.)

ſich auch die Evangeliſchen anſchließen [186]) und zum Theil die neueren Geſetzgebungen. So das preußiſche Recht [187]), welches nur die Ehe zwiſchen Perſonen, deren eine die andere an Kindesſtatt angenommen hat, während des Beſtehens der Adoption verbietet.

### d) Geiſtliche Verwandtſchaft.

Eine geiſtliche oder vielmehr geiſtige Verwandtſchaft (cognatio spiritualis) d. h. eine durch Gott vermittelte Seelenverbindung (nexus, per quem deo mediante animae copulatae sunt) entſteht nach Anſicht der katholiſchen Kirche durch die Vollziehung und reſp. den Empfang der Taufe und Firmung [188]).

Nach älterem Rechte entſprang aus der Taufe eine filiatio spiritualis zwiſchen dem Täuflinge mit dem taufenden Geiſtlichen und den das Kind aus der Taufe hebenden Pathen [189]), eine compaternitas zwiſchen den Eltern mit dem Taufenden, den Pathen und den Pathen unter ſich [190]), ſo wie indirect zwiſchen den Pathen und deren Ehegatten [191]), dann auch eine confraternitas zwiſchen dem Täuflinge mit den Kindern des Taufenden und den Pathen [192]).

Die Wirkung war zum Theil ein trennendes, zum Theil ein aufſchiebendes Hinderniß. Die Grundſätze hierüber wendete man auch auf das Verhältniß des Firmlings, des Firmenden, der Eltern und der Firmpathen an [193]), ſo wie bei Katechumenen (impedimentum ex catechismo), im letzten Falle jedoch nur als aufſchiebendes Hinderniß [194]).

Das Concil von Trient ſchränkte die Wirkung der geiſtlichen Verwandtſchaft ein, indem es nur zwiſchen dem Taufenden und den Pathen mit dem Täuflinge und deſſen Eltern, und ähnlich auch bei der Firmung, ein Ehehinderniß ſtatuirte [195]).

Die Evangeliſchen verwarfen den ganzen Begriff [196]), weßhalb ein eigenes Impediment daraus auch nicht entſtehen konnte.

Andere relative Ehehinderniſſe ſind die wegen des Ehebruchsverbrechens und der Entführung. Der mit einer Perſon begangene Ehe-

---

186) S. J. H. Böhmer, ius eccl. Prot., lib. IV. tit. XII. §. 4.

187) Allg. L.-A. Th. 2, Tit. 1, §. 13, 997 flg. — Die meiſten Geſetze ſchweigen ganz hierüber.

188) C. 26. C. de nuptiis. (5. 4.) Can. XXX. qu. I. III. Tit. X. in VI. de cognatione spirituali. (4. 11. u. 4. 13.)

189) C. 5. 9. C. XXX. qu. I. C. 1. §. 1. C. XXX. qu. III.

190) C. 1. 2. 5. 7. C. XXX. qu. I. C. 6. X. h.t. C. 3. eod. in VI.

191) C. 5. C. XXX. qu. I. C. 1. 3. 6. C. XXX. qu. IV. C. 4. X. h. t.

192) C. 1. 2. 3. 5. C. XXX. qu. III. C. 1. 3. 7. 8. X. h. t.

193) C. 2. C. XXX. qu. I. C. 1. §. 1. h. t. in VI.

194) C. 5. X. C. 2. in VI. h. t. — Aus Mißverſtand iſt bisweilen dieſer Nexus auf das Verhältniß der Beichte ausgedehnt worden (ſ. c. 8. 10. C. XXX. qu. I).

195) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 2 de ref. matrim.

196) Schmalkald. Artikel: von der Biſchöfe Gewalt und Jurisdiction.

bruch [197]) hindert nach römiſchem Rechte die Ehe mit derſelben [198]). Das canoniſche Recht beſtätigte dieß, ließ aber die einmal geſchloſſene Ehe unter Umſtänden zur Vermeidung größeren Aergerniſſes beſtehen [199]), und ſah nur dann den Ehebruch als trennendes Hinderniß an, wenn noch ein zweites Impediment hinzutrat, wie gemeinſame Lebensnachſtellung oder Eheberedung bei Lebzeiten des anderen Theils [200]). Gratian deutete dieß ſo, daß überhaupt der Ehebruch in der Regel nicht Ehehinderniß ſei, aber durch die angedeuteten Fälle dazu werde [201]). Das ſpätere canoniſche Recht hat dieß auch anerkannt [202]). Der früher mit dem Ehebruche verbundene Fall der gemeinſchaftlichen Ermordung des einen Ehegatten [203]) ward ſpäter als ein ſelbſtſtändiges Ehehinderniß anerkannt [204]). Neuere Geſetzgebungen haben dieſe Beſtimmungen meiſtens mit beſonderen Verſchärfungen beibehalten [205]).

Das römiſche Recht verbot auch die Ehe zwiſchen dem Entführer und der Entführten, ſelbſt beim Conſenſe der Eltern [206]). Das canoniſche Recht ging anfangs von gleichem Grundſatze aus [207]), änderte aber ſpäter ſeine Anſicht, indem es nur den freien Conſens der Entführten forderte und dann die Ehe zu Recht beſtehen ließ [208]). Das Impediment iſt jetzt nach dem Hinderniſſe des Zwanges zu beurtheilen [209]). So betrachten auch die neueren Particularrechte die Entführung [210]).

Beſondere Hinderniſſe entſtehen auch aus Amts- und Standesverhältniſſen. Hierher gehört das Verbot der Ehe eines Provinzialbeamten mit einer Provinzialin [211]), das jedoch mit der römiſchen Staatsverfaſſung zuſammenhängt und nach deren Auflöſung ſeine Bedeutung verloren hat. Anders verhält es ſich aber mit dem Amte des

---

197) Uichlein, über das Verbrechen des Ehebruches, in Beziehung auf die Eingehung einer Ehe, in Weiß, Archiv des Kirchenrechtes, Bd. 5, H. 3 u. 4, Nr. 14.

198) L. 13. D. de his quae ut indignis. (34. 9.) L. 11. §. 11. L. 40. D. ad l. Iuliam de adulteriis. (48. 5.) Nov. 134. cap. 12.

199) C. 2. 5. C. XXXI. qu. I.

200) S. c. 4. 5. C. XXXI. qu. I.

201) Ad c. 3. C. XXXI. qu. I.

202) C. 1. 3. 5. 6. 7. X. de eo qui duxit in matrimonium, quam polluit per adulterium. (4. 7.)

203) C. 5. C. XXX. qu. I. C. 8. C. XXXIII. qu. II.

204) C. 1. X. de conversione infidelium. (3. 33.)

205) S. öſterreich. Geſetzbuch Art. 67, 68. Preuß. allg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 25—29. Badiſche Verordnung vom 23. Nov. 1811 (Reg.-Blatt deſſ. J. Nr. 24, 25) u. a. m.

206) L. 5. §. 2. D. ad l. Iuliam de vi publ. (48. 6.) C. un. §. 1. C. de raptu virginum. (9. 13.) Nov. 143. 150.

207) S. beſ. C. XXXVI. qu. II.

208) Gratian, ad c. 7. 11. C. XXXVI. qu. II. C. 7. X. de raptoribus. (5. 17.)

209) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 6 de ref. matr.

210) M. vergl. z. B. öſterreich. Geſetzbuch Art. 56; preuß. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 41; Th. 2, Tit. 20, §. 1095 flg.

211) L. 38. 57. pr. 63. 65. de ritu nuptiar. (23. 2.) C. 6. C. de nuptiis. (5. 4.)

Vormundes; denn wenn dagegen behauptet wird, das Verbot des römischen Rechtes für den Vormund und dessen Sohn, die Mündel zu heurathen [212]), sei nicht mehr anwendbar [213]), weil die obervormundschaftliche Behörde die aus solcher Ehe für die Mündel entstehende Gefahr beseitige, so ist dagegen zu erinnern, daß auch die Römer bereits eine, freilich nicht so umfassende, Obervormundschaft, als es jetzt der Fall ist, kannten, und überhaupt der Grundsatz: **cessante ratione legis cessat lex ipsa**, nicht annehmbar ist. Die Praxis und darnach neuere Gesetze, wie das preußische [214]), haben daher dieß Impediment als ein aufschiebendes beibehalten, indem eine solche Ehe nicht zulässig ist, bis der Vormund Rechnung abgelegt hat. Uebrigens fällt das Hinderniß weg, wenn der Vater der Mündel testamentarisch eine solche Ehe gebilligt hat, und gilt auch nicht im Verhältniß der Tochter des Vormundes zum männlichen Pupillen, da bei letzterem überhaupt größere Selbstständigkeit vorausgesetzt werden darf. Das canonische Recht kennt dieses Impediment nicht. Eben so wenig billigt dasselbe das Hinderniß wegen Standesungleichheit. Schon das spätere römische Recht hat derartige ältere Beschränkungen aufgehoben [215]). Im teutschen Rechte giebt es aber mehrfache Bestimmungen über eine durch Standesverschiedenheit veranlaßte Mißheurath [216]).

Von hoher Wichtigkeit ist endlich das Ehehinderniß wegen der Religionsverschiedenheit der Contrahenten [217]). Da die Ehe eine vollständige leiblich-geistige Einheit bewirken soll, so scheint die Forderung eines gleichen Religionsbekenntnisses für die Gatten wohl durchaus gerechtfertigt, und wenn die Verhältnisse des Lebens dieß ganz zu erreichen nicht erlauben, so sind wenigstens von Seiten des Staats und der Kirche gewisse Grenzen zu ziehen.

---

212) L. 15. D. de sponsalibus. (23. 1.) L. 59. 60. 64. sq. D. de ritu nupt. (23. 2.) Tit. Cod. de interdicto matrimonio inter pupillam et tutorem seu curatorem filiosque eorum. (5. 6.) Püttmann, progr. ad orat. D. Marci de pupilla a tutore eiusve filio haud ducenda. Lipsiae 1783.

213) Pufendorf, observat. T. II. obs. 94.

214) Allg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 14.

215) L. 43. 44. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.) — C. 23. 29. C. de nuptiis. (5. 4.) Nov. 89. cap. 15. Nov. 117. cap. 6.

216) M. s. deßhalb Kohler, Handbuch des teutschen Privatfürstenrechtes (Sulzbach 1832, 8.), §. 37—57; Mittermaier, teutsches Privatrecht, §. 378, 379, und vergl. den Art. Mißheurath.

217) Aus der zahlreichen Literatur, welche sich zum Theil in der Uebersicht der Literatur des Kirchenrechtes aus den Jahren 1838 und 1839 in der allgem. Lit.-Zeitung 1840, October, nachgewiesen findet, mögen hier erwähnt werden: (Multer) Rechtfertigung der gemischten Ehen zwischen Katholiken und Protestanten... mit einer Vorrede von Leander van Eß. Cöln 1821, 8. Ueber die gemischten Ehen. Stuttgart 1827, 8. Binterim, Denkwürdigkeiten der christkathol. Kirche, Bd. 7, Th. 2. Mainz 1833, 8. Kutschker, die gemischten Ehen von dem katholisch-kirchlichen Standpunkte aus betrachtet. Wien 1838, 8. Rationaler und historischer Standpunkt zur Beurtheilung des Verhältnisses zwischen Staatsregierungen und dem römischen Stuhle, in Beziehung auf gemischte Ehen... Von einem Katholiken. Cöln a. R. 1838, 8. v. Ammon, die gemischten Ehen, namentlich der Katholiken und Protestanten... Dresden und Leipzig 1839, 8. u. a. m.

Das mosaische Recht verbietet die Ehe zwischen Israeliten mit den Canaanitern und Götzendienern [218]), das Christenthum aber ist der Eingehung der Ehen zwischen seinen Bekennern und den Heiden nicht geneigt [219]), und frühzeitig untersagte der christlich gewordene Staat die Ehe der Christen mit Juden und Heiden [220]). Die Kirche ging von demselben Grundsatze aus und hat ihn stets behauptet [221]). Ihm sind auch die späteren Territorialrechte meistens gefolgt, so daß zwischen Christen und Nichtchristen ein trennendes Ehehinderniß obwaltet. Ausdrücklich sprechen dieß aus der Codex Maximil. Bavar. T. I. cap. VI. §. 7. nr. 7., das österreich. allg. Gesetzbuch Art. 64 u. a. Das preuß. allg. Landrecht Th. 2, Tit. 1, §. 36 verordnet: „Ein Christ kann mit solchen Personen keine Heurath schließen, welche nach den Grundsätzen ihrer Religion sich den christlichen Ehegesetzen zu unterwerfen gehindert werden." Da hiermit eigentlich nichts weiter bestimmt werden sollte, als daß auch zu solchen Ehen, bei denen nur ein Theil dem christlichen Bekenntnisse angehörte, die priesterliche Trauung erforderlich sei, und die Intention des preuß. Landrechtes die Ehe der Juden der der Christen gleichsetzt, so ist dadurch eine gemischte Ehe der Art eigentlich nicht verboten. Eine entschiedene Praxis hat aber die cit. Paragraphen des Landrechtes von jeher anders gedeutet und im neuen Gesetzentwurfe von 1830 ist auch das Verbot ausgesprochen [222]). Wirklich gestattet ist diese Art von Ehen im Großherzogthum Sachsen-Weimar durch Gesetz vom 15. Juni 1823, §. 15, während ein Edict gleichen Inhaltes für Mecklenburg vom 22. Februar 1812, §. 12, später aufgehoben worden ist.

Die Kirche verbietet aber auch die Ehen rechtgläubiger Christen mit Häretikern, Schismatikern, Excommunicirten [223]). Während die griechische Kirche dieses Hinderniß als ein trennendes ansieht [224]), hat indessen die lateinische die zwischen solchen eingegangene Ehe stets aufrecht erhal-

---

218) 1. Mosis 28, 1. u. 2.; 2. Mosis 34, 14—16. u. a.

219) S. 1. Corinther 7, 12—17. 39.; 2. Corinther 6, 14.

220) Tit. C. Th. de Iudaeis. (16. 8.) C. 6. C. I. eod. (1. 9.) (Valentin., Theodos. et Arcadius a. 388). — C. 1. C. Th. de nuptiis gentilium (3. 14.) (Valentinian. et Valens a. 370).

221) C. 16. Conc. Eliberitan. a. 305. C. 67. Agathens. a. 306 (c. 16. C. XXVIII. qu. I.). C. 14. Conc. Chalced. a. 451. Vgl. Can. XXVIII. qu. I.

222) S. Jacobson, über die gemischten Ehen in Teutschland und insbesondere in Preußen (Leipzig 1838, 8.), S. 7, 8. M. vergl. auch Robe, die Ehe zwischen Juden und Christen ist nach dem preuß. L.-R. erlaubt (im Centralblatt für preuß. Juristen. Berlin 1839, Nr. 49, S. 1162—1171), und dagegen Hälschner, inwiefern ist die Ehe zwischen einer Person christlichen und einer anderen jüdischen Religionsbekenntnisses nach dem allg. L.-R. zulässig (a. a. O. 1840, Nr. 11, S. 249—259).

223) Geschichte und Quellen s. m. in den Anm. 217 cit. Schriften.

224) S. Concil. Constantinop. (Trullanum) a. 692, can. 72, anerkannt bei Photius im Nomocanon tit. XII. cap. 13 (Voelli et Iustelli biblioth. iuris can. T. II. p. 1070, 1071). Gesetzbuch für die Moldau von 1816, §. 91, für die Walachei von 1817, Th. 3, Cap. 14, §. 2.

ten. Der Staat stimmte mit der herrschenden Kirche hierin überein und unterstützte deren Satzungen mit dem weltlichen Arme.

Eine cultus disparitas als impedimentum impediens existirte also wirklich zwischen Katholiken und nicht-orthodoxen Christen.

Durch die Reformation des 16. Jahrhunderts erfolgte eine Veränderung der bisherigen kirchlichen und staatlichen Verhältnisse. Statt Einer herrschenden Kirche wurden deren zwei oder drei, und in Teutschland insbesondere durch eigene Recesse und Friedensschlüsse reichsgesetzlich anerkannt. Damit mußte von selbst die Anwendbarkeit der älteren Gesetze über die Häretiker auf die Evangelischen als unzulässig erscheinen, und wenn die katholische Kirche dennoch davon nicht ablassen wollte, dieß Verfahren als ein rechtswidriges gerügt und jede den Evangelischen nachtheilige Wirkung zurückgewiesen werden. Rechtlich besteht zwischen den zwei oder drei paritätischen Confessionen in Teutschland keine cultus disparitas in dem Sinne, daß daraus ein Impediment gegen die Ehe der Glieder dieser Confessionen unter einander abgeleitet werden kann [225]). Hierauf gestützt und um die Freiheit seiner Unterthanen in Verhältnissen des religiösen und bürgerlichen Lebens rechtlich unverkürzt zu erhalten, kann der Staat nicht zulassen, daß die Eingehung einer gemischten Ehe an Bedingungen geknüpft werde, welche eine Verletzung für einen Theil enthalten würden, sei es die dem katholischen Gatten auferlegte Pflicht, den Evangelischen zu seinem Glauben zu bekehren oder sämmtliche Kinder in seiner Confession erziehen zu lassen. In den einzelnen Diöcesen Teutschlands war demgemäß nach und nach eine dem Bedürfnisse entsprechende Praxis festgestellt worden, welche jedoch in Folge der neueren Conflicte zum Theil schwankend geworden, zum Theil aufgehoben ist [226]).

### Dispensation von Ehehindernissen.

Um die nachtheiligen Folgen zu vermeiden, welche eintreten müssen, wenn eine Ehe gegen die bisher betrachteten Impedimente geschlossen wird, sind die Contrahirenden gehalten, sich die Befreiung davon zu erwirken, d. h. sich dispensiren zu lassen. Die Grundsätze, welche hier zur Anwendung kommen, sind die allgemeinen [227]), nur durch die Specialität des Objectes näher bestimmten.

Zunächst kommt es beim Nachsuchen einer Dispensation, wie überall, auch hier auf eine iusta causa an. Bei der römischen Curie wird besonderes Gewicht gelegt a) auf angustia loci, d. h. wenn ein Mädchen an dem Orte außer einem Anverwandten keinen Mann von entsprechen-

---

225) Eine weitere Ausführung dieser Sätze s. m. in meiner Anm. 222 cit. Schrift. Ueber die rechtlichen Grundsätze bei den gemischten Ehen selbst s. m. unten bei den einzelnen Lehren.

226) Die Documente über diese Thatsachen finden sich in den besonderen Schriften des röm. Hofes und der preuß. Regierung, wie in Andr. Müller, Lexikon des Kirchenrechtes, Bd. 2, S. 586 flg.; Bd. 5, S. 766 flg. (2. Ausgabe). Das Rundschreiben des Erzbischofs von Posen und Gnesen von Dunin, vom 27. August 1840, ist in der allg. Kirchenzeitung 1840, Nr. 152, Sp. 1238—1240, mitgetheilt.

227) M. vergl. deßhalb den Art. Dispensation.

den Verhältnissen (virum paris conditionis) finden kann. Locus angustus heißt technisch der Ort, welcher nicht über 300 Feuerstellen enthält. b) Mangel an genügender Ausstattung (incompetentia dotis), ebenfalls für das weibliche Geschlecht. c) Ueberreifes Alter der Braut (aetas superadulta), d. h. wenn ein Mädchen über 24 Jahre alt ist. d) Aufhebung besonderer Uneinigkeit (sedandae inimicitiae), da überhaupt die Kirche pro pace von der Strenge des Gesetzes abläßt. e) Gefahr des Abfalles vom Glauben (periculum haeresis). f) Erhaltung der Güter in bedeutender Familie (conservatio bonorum sive divitiarum in eadem familia). g) Große Verdienste einer Familie um die Kirche (excellentia meritorum). h) Möglichkeit für eine Wittwe, ihren Kindern Unterhalt und Erziehung zu gewähren (vidua filiis gravata). Dazu kommen noch als unehrbare Gründe: i) Böser Ruf der Braut wegen näheren Umganges mit dem Bräutigam, jedoch ohne Geschlechtsgemeinschaft (infamia sive diffamatio mulieris, secluso tamen concubitu). k) Schwangerschaft der Braut (impraegnatio oratricis) [228]).

Die Ertheilung der Dispense erfolgt von der competenten Behörde, also resp. von der kirchlichen und bürgerlichen, bezüglich der von der Kirche und dem Staate festgesetzten Hindernisse. Durch die Praxis ist die curialistische Ansicht bestätigt, daß in der Hauptsache der Pabst dispensire und die Bischöfe nur als Delegaten desselben handeln. Bei aufschiebenden Hindernissen dispensirt der Bischof [229]), ausgenommen beim votum perfectum castitatis perfectae, beim votum ingrediendi religionem und beim Verlöbnisse (sponsalia iurata et simplicia). Bei trennenden Hindernissen steht das Recht dem Pabste zu, der aber zum Theil durch die Quinquennalfacultäten den Bischöfen die Befugniß überlassen hat. Nach der Praxis dispensiren auch die Bischöfe per accidens, wenn die Ehe bereits geschlossen ist, dann, wenn ohne große Inconvenienzen die Ehe nicht mehr getrennt werden kann, wenn der Pabst nicht zugänglich ist, wenn das Hinderniß ein geheimes ist. Ueberhaupt wird der Unterschied der öffentlich bekannten und geheimen Impedimente für die ganze Behandlung der Angelegenheit von Bedeutung. Ist nämlich das Hinderniß bekannt oder von der Art, daß es nicht verschwiegen werden darf, so wird eine Dispensation pro foro externo, im entgegengesetzten Falle aber pro foro interno (für das Gewissen) nothwendig. Bei jenem wird in den päbstlichen Dispensen an die römische Datarie berichtet, welche dann dem Bischofe die Entscheidung zur Mittheilung an die Bittsteller zugehen läßt. Für die Dispensation werden nun nach bestimmter Taxe Gebühren entrichtet, welche mit Rücksicht auf die Umstände in vier Classen berechnet werden, nämlich: a) ex nobilibus, von denen die seltnere ex illustribus eine Unterabtheilung bildet; b) ex ho-

---

228) Andr. Müller, Lexikon des Kirchenrechtes, Bd. 2, S. 376 flg. Stapf, Pastoralunterricht, S. 376 flg., wo zugleich Formulare mitgetheilt sind.

229) Und zwar iure ordinario, quia hoc tribuit ipsi consuetudo iam recepta, wie die münstersche Agende von 1712, S. 184 erinnert.

nestis personis sine infamia; c) ex pauperibus et miserabilibus, wozu die honestae personae kommen können, wenn causa stupri vorhanden ist; dieses ist die forma pauperum, für welche der niedrigste Gebührensatz bezahlt wird; d) gratis ex officio, wobei keine Gebühren entrichtet werden. In geheimen Fällen geht das Petitum durch den Beichtvater mit Verschweigung der Namen an den Bischof, und von diesem an die römische Pönitentiaria, welche dann den Umständen nach unentgeldlich dispensirt.

Handelt es sich um Dispensation bei einer schon bestehenden Ehe, so ist es von Bedeutung, ob dieselbe bona oder mala fide eingegangen war. In jenem Falle wird die Sache stets milder beurtheilt, in diesem aber soll eigentlich gar nicht dispensirt werden [230]), doch wird bei der Dringlichkeit der Umstände der Bitte nachgegeben. Da eigentlich unter den bestimmten Hindernissen die Ehe gar nicht möglich war, so wird eine Revalidation derselben durch nochmalige Erklärung des Consenses der Betheiligten nothwendig.

Was den Umfang der Dispensationen betrifft, so erscheinen als unzulässig die Befreiung von impedimentum ligaminis [231]), der Verwandtschaft in gerader Linie, in der Seitenlinie im ersten Grade, der Schwägerschaft im ersten Grade absteigender Linie, der disparitas cultus zwischen Christen und Nichtchristen. Im zweiten Grade der Verwandtschaft canonischer Computation soll eigentlich nur bei hohen fürstlichen Personen und wegen öffentlicher Ursachen dispensirt werden [232]).

In der evangelischen Kirche haben die Landesherren sich meistens einzelne Fälle reservirt, die übrigen aber den Consistorien überlassen. Als Norm ist dabei früher häufig das mosaische Recht zu Grunde gelegt worden, wovon aber später die Kirchenordnungen und Territorialgerichte mannigfach abgewichen sind. Mit Recht hat man aber überhaupt die Dispensationen mehr beschränkt und in den häufig vorkommenden Fällen deren Nothwendigkeit ganz aufgehoben. In Preußen verordnete Friedrich II. durch das Edict vom 3. Juni 1740, daß nicht ferner für Geld in Ehesachen dispensirt, sondern in den Fällen, wo die Ehe nicht klar in Gottes Wort verboten sei, dieselbe gestattet werden solle [233]). Der Grundsatz wurde aber nicht streng befolgt [234]), und es hat daher die spätere

---

230) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 5 de ref. matrim.

231) Ueber eine angebliche Dispensation zur Bigamie s. m. die Zeitschrift Minerva, 1804, Th. 4, S. 411 flg.; 1805, Th. 1, S. 353 flg. Chr. Ern. Weissii opuscula academica (Lipsiae 1829, 8.), T. I. nr. VII., und verbinde damit die allg. Lit.-Zeit. 1831, Ergänzungsblätter Nr. 83, S. 660 flg. Röhr, kritische Predigerbibliothek, 1836, Bd. 17, H. 3 u. 5.

232) Conc. Trid. sess. XXIV. can. 3 de sacram. matr. Cap. 5 de reform. matrim.

233) Mylius, Corp. Const. Marchicar. Contin. I. nr. 21, p. 342. Vgl. Georg. Henr. Ayrer, comm. iuris eccl. de iure dispensandi circa connubia iure divino non diserte prohibita ad Edictum Regium Pruten. Götting. 1742, 4.

234) S. Jacobson, Geschichte der Quellen des evang. Kirchenrechtes von Preußen und Posen, S. 108, Anm. 4.

preuß. Gesetzgebung die Freiheit der Ehen noch mehr erweitert. Dispensationen kommen nur vor bei der Ehe eines Neffen mit seiner älteren Tante [235]), wogegen die bisher dispensable Ehe zwischen einem Ehegatten mit den unehelichen Kindern des anderen nicht mehr statthaft ist [236]). Dispensation ist auch zulässig bei dem Verbote wegen Adoption [237]), wegen der Vormundschaft [238]), wegen des Ehebruches [239]), der Standesungleichheit [240]). Aehnlich sind auch die Vorschriften anderer Particularrechte [241]).

Die vom Staate und der Kirche ertheilten Dispensationen können zunächst immer nur von den Nachtheilen befreien, die ihre eigene Gesetzgebung an die Uebertretung gewisser Voraussetzungen für die Ehe geknüpft hat. Ist Einheit der Gesetzgebung vorhanden, wie in der evangelischen Kirche, so ist alle Schwierigkeit beseitigt, und die Dispensation erfolgt von den dazu autorisirten Behörden, resp. kirchlicher oder bürgerlicher Art. In dem Verhältnisse des Staates zur katholischen Kirche können hier aber Differenzen eintreten und eine Ehe legitimum nec ratum oder umgekehrt werden (s. oben Anm. 45, 46). In solchen Fällen kann die Kirche sich darüber nicht beschweren, daß der Staat eine seinen Verordnungen entsprechende, mit der Kirche im Widerspruch stehende Ehe bürgerlich schützt, wogegen aber der Staat auch dagegen nichts zu erinnern hat, wenn die Kirche die ihrem Gesetze nicht Gehorchenden mit kirchlichen Strafen in den gesetzlichen Grenzen belegt. Dieß ist nun eben so wohl bei den blos unter Katholiken, als bei den unter solchen mit Evangelischen geschlossenen Ehen möglich.

### 4) Abschließung der Ehe selbst.

Der Abschluß der Ehe selbst erfolgt durch die einstimmige Erklärung der Brautleute in bestimmter Form. Bei allen Völkern finden wir gewisse Solennitäten, der jedesmaligen Auffassung der Ehe entsprechend, und zugleich bestimmte Wirkungen erzeugend. Die Römer [242]) kannten zur Begründung der conventio in manum eine dreifache Form, coemtio, confarreatio und usus. Die erste bestand in einer Mancipation unter Zuziehung von Zeugen und dem Aussprechen von verba solennia, während bei der confarreatio die Anwendung eines Opfers mit einem panis farreus das Wesentliche bildete. Auch durch usus wurde die manus, eine strenge Ehe, bewirkt, wenn nicht die Frau sich jährlich auf drei Tage

---

235) S. allg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 8, 9.

236) Cabinetsordre vom 17. Jan. 1803, übergegangen in den Anhang zum allg. L.-R. §. 62, und aufgehoben durch die Cab.-Ordre vom 17. Januar 1838 (v. Kamptz, Jahrbücher der preuß. Gesetzgebung, Heft 101, S. 140, 141).

237) Rescr. vom 27. Januar 1796 (Mathis, jurist. Monatsschrift, Bd. 2, S. 1).

238) Allg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 14.

239) Cab.-Ordre vom 15. März 1803 (neues Archiv von Amelang, Bd. 3 S. 24).

240) Allg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 32, 33, 940 flg.

241) M. s. z. B. bayersches Gesetz v. 31. Dec. 1810 für die Evangelischen, und die bei Andr. Müller, a. a. O. S. 398 flg., mitgetheilten Verordnungen.

242) S. Barnab. Brissonii de ritu nuptiarum liber singularis (in den Opera minora p. 287 sq.).

(trinoctium) aus dem Hause des Mannes entfernte. Mit der Zeit gingen diese Formen unter. Seit der Regierung Hadrian's finden sich nur noch selten confarreirte Ehen, namentlich die der höheren Priester und insbesondere des flamen dialis. Die Ehe per coemtionem fand sich zuletzt nur bei den höheren Ständen, gleichfalls selten und die per usum war bereits im ersten Jahrhunderte außer Gebrauch. Seit dem zweiten Jahrhunderte ward die Ehe meistens als ein matrimonium iuris gentium durch bloßen Consens geschlossen, mit tabulis nuptialibus, einem Ehevertrage, bei den höheren Ständen. Eine besondere religiöse Form fehlte. In Teutschland [243]) finden sich von jeher mannigfache Formen, theils mit Beziehung auf die Schutzbedürftigkeit, theils auf die Geschlechtsverhältnisse, theils religiöser Art. Eine allgemeine und übereinstimmende gesetzliche Eingehungsweise bestand indessen nicht.

In der Kirche bediente man sich anfangs ohne Zweifel der jüdischen Formen [244]) und verband damit auch heidnische Gebräuche, welche theilweise mit jenen übereinstimmten, wie Anwendung der Verhüllung (nubere, velare), der Trauringe, Kränze u. s. w. [245]). Dabei wirkten auch Geistliche mit, ertheilten den Brautleuten guten Rath, überzeugten sich von der Abwesenheit etwaiger Hindernisse, insbesondere auch dadurch, daß sie bei der Gemeinde nachfragten, und sprachen Segensworte über die Neuvermählten [246]). Diese Formen waren ganz dazu geeignet, die gemißbilligte Heimlichkeit der Ehe [247]), und die daraus drohenden Nachtheile zu vermeiden, und so ward durch die Gesetzgebung ein eigenes sogenanntes Aufgebot, eine Proclamation angeordnet [248]). Die Anwendung der kirchlichen Feierlichkeiten (hierologia, Copulation, Trauung), insbesondere der Ausspruch des Segens (Benediction) bedingte aber keineswegs die Giltigkeit der Ehe, sondern war eigentlich nur ein Mittel, um den Consens der Brautleute zu constatiren, außerdem aber eine kirchliche Pflicht [249]). Eine Ehe, bei welcher die Einwilligung der Contrahenten auf andere Weise erfolgt war, ward daher auch als eine vollkommen giltige anerkannt [250]), wenn nicht sonstige Nullitäts-

---

243) S. Grimm, teutsche Rechtsalterth., S. 420 flg. Reyscher, Symbolik des germanischen Rechtes, S. 74 flg.

244) S. Selden, uxor hebraica, lib. II. c. 29. Jahn, Archäologie, Bd. 1, Th. 2, §. 179.

245) S. Münter, die Christin im heidnischen Hause, S. 28 flg. (Tertull. de corona milit. c. 13. apolog. c. 6. de virginibus velandis c. 11. u. a. m.).

246) Ignatius ad Polycarpum c. 5. Tertullian. de monogamia c. 11. de pudicitia c. 4. — Conc. Carthag. IV. c. 13. a. 398 (c. 33. d. XXIII. c. 5. C. XXX. qu. V.).

247) Dieß äußert schon Tertullian in der cit. Stelle de pudic.: Penes nos occultae quoque coniunctiones, id est, non prius apud ecclesiam professae, iuxta moechiam et fornicationem iudicari periclitantur.

248) S. den Art. Aufgebot, Bd. 1, S. 463—465. Vergl. besonders c. 3. X. de clandest. despons. (4. 3.) (Innocent. III. a. 1216). Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 1 de ref. matrim.

249) C. 2. C. XXX. qu. V.

250) C. 3. c. 9. X. de sponsalibus (4. 1.), eine Entscheidung Alexander's III. v. J. 1170, der gleichzeitig (c. 14. X. eod.) auch erklärte: Matri-

oder Hinderungsgründe vorhanden waren [251]). Mannigfache Mißbräuche bewogen aber das Concil von Trient zu einer neuen Anordnung. Indem man erkannte, daß Personen, die in einer heimlichen Ehe (matrimonium clandestinum) lebten, d. h. in einer solchen, die nicht nach vorhergehendem Aufgebote, oder nicht vor dem Geistlichen oder der Gemeinde, besonders in der Kirche (in facie ecclesiae) geschlossen war [252]), leicht einander verlassen und öffentlich eine neue Ehe eingehen konnten (matrimonium publicum), die aber wegen des bestehenden Bandes der ersten Ehe dadurch ein wahrer Ehebruch wurde, so verordnete das Concil [253]): Es soll vor dem Abschlusse jeder Ehe ein dreimaliges Aufgebot erfolgen und dann, wenn kein Einspruch geschehen, von den Contrahirenden der Eheconsens vor dem Pfarrer und zwei Zeugen erklärt werden. Qui aliter, quam praesente parocho, vel alio sacerdote, de ipsius parochi seu ordinarii licentia, et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt, eos S. Synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit et huiusmodi contractus irritos et nullos esse decernit, prout eos praesenti decreto irritos facit et annullat. Die ganze Absicht des Concils, welches also die ohne die angedeutete Form geschlossenen Ehen als nichtig bezeichnet, ist nur darauf gerichtet, den Eheconsens zu einem öffentlich ausgesprochenen zu machen. Der Geistliche ist nur der Beglaubigung wegen anwesend, er ist testis spectabilis oder autorisabilis. Daß sein geistlicher oder kirchlicher Charakter dabei gar nicht zunächst in Betracht komme, ergibt sich daraus, daß vor demselben, wenn er auch noch nicht Priester, der Consens ausgesprochen werden kann [254]). Es ist keineswegs erforderlich, daß der Geistliche zu dem Zwecke besonders berufen werde, daß er selbst seine Zustimmung äußere; denn wenn er auch schweigt, oder sogar Widerspruch erhebt, so leidet darunter die Giltigkeit der Ehe nicht [255]). Da der Geistliche als Zeuge keinen Act der Jurisdiction übt, so schadet es nicht, wenn er auch suspendirt oder excommunicirt ist [256]).

Das Concil von Trient fügt seiner Vorschrift noch die Ermahnung hinzu, daß die Contrahenten nach Ausspruch des Eheconsenses sich vom Geistlichen einsegnen lassen und nicht früher unter demselben Dache wohnen sollen: Praeterea S. Synodus hortatur, ut coniuges ante benedictionem sacerdotalem in templo suscipiendam in eadem domo

---

monium solo consensu contrahitur. S. auch c. 25. 30. 31. X. eod.; c. 2. X. de clandestina desponsat. (4. 3.)

251) M. s. z. B. c. 3. §. 1. X. de clandestina desp. (4. 3.)

252) S. Richlein, über den Begriff einer geheimen Ehe in Weiß, Archiv des Kirchenrechtes, Bd. 5, H. 3 u. 4, Nr. 13.

253) Sess. XXIV. cap. 1 de ref. matr. S. auch Anm. 269.

254) S. Resolutio Congreg. Conc. Trid. d. 1. Decbr. 1593. Vgl. die Declarationes ad Conc. Trid. cit.

255) S. Sanchez, de matrimonio, lib. III. disp. 38. 39. van Espen, ius eccl. universum, P. II. tit. XII. cap. V. §. 23 sq. Benedict. XIV., de synodo dioecesana, lib. XIII. cap. XXIII.

256) Sanchez l. c. disp. 21. Stapf, Pastoralunterricht, S. 157, 158. S. auch Anm. 268.

non cohabitent, statuitque benedictionem a proprio parocho fieri neque a quoquam, nisi ab ipso parocho, vel ab ordinario licentiam ad praedictam benedictionem faciendam, alii sacerdoti concedi posse. Die Giltigkeit der Ehe ward aber übrigens auch davon nicht abhängig gemacht, wie das Concil ja auch den Ausdruck coniuges von den noch nicht benedicirten Contrahirenden braucht.

Da dieses tridentinische Decret nach der Vorschrift des Concils in jeder Diöcese und Parochie besonders publicirt werden, und da die Geltung 30 Tage nach der Publication erst beginnen sollte [257]), so besteht noch das ältere Recht in den Pfarreien, in welchen es zur Publication nicht gekommen ist, und die Ehen können daher formlos geschlossen werden [258]). Dasselbe ist da der Fall, wo an Orten, an welchen das Decret publicirt ist, ein katholischer Geistlicher nicht vorhanden, indem dann die Erklärung vor zwei Zeugen hinreicht [259]).

Zur Form der Ehe gehört insbesondere auch die Rücksicht auf Ort und Zeit. Was jenen betrifft, so wird die Verbindung in der Kirche gewünscht, die auch in einzelnen Diöcesen als gesetzliche Regel vorgeschrieben ist, von der nur der Bischof oder Generalvicar dispensiren kann [260]). Rücksichtlich der Zeit ergingen seit dem vierten Jahrhundert gewisse Beschränkungen (tempus clausum), um die Tage der Buße und heiligen Trauer nicht durch andere Festlichkeiten zu stören. Es sollten daher in der Advent- und Fastenzeit, vom ersten Advent bis Epiphaniä und vom Aschermittwoche bis zum sogenannten weißen Sonntage, keine Hochzeiten stattfinden [261]), was auch das Concil von Trient und andere Verordnungen für die katholische Kirche bestätigt habe [262]). Eigentlich bezieht sich die Verordnung in ihrer späteren Gestalt nur auf solenne, mit besonderer Feier begangene, sogen. laute Hochzeiten, doch ist in der Praxis und durch particulare Bestimmungen das Verbot auf jede Hochzeit ausgedehnt worden, und so ein aufschiebendes Ehehinderniß angenommen, wovon jedoch dispensirt wird. Die einzelnen Gebräuche richten sich nach bestehenden Observanzen, doch kennt die Kirche auch eine allgemeine ordentliche Form, indem der copulirende Geistliche die Hände der Brautleute ineinander legt, mit der Stola umwickelt und die Verbindungsworte spricht: ego vos in matrimonium coniungo nomine Patris, Filii et Spiritus

257) Conc. Trid. Anm. 253 cit. in fin.

258) S. Uihlein a. a. O. S. 248. In fraudem legis von einem Orte, wo das Decret publicirt ist, an einen solchen hinzugehen, wo die Publication nicht erfolgt ist, ist unstatthaft. S. die Declarationen der Congreg. Conc. Trid. bei Benedict. XIV., de synodo dioec., lib. XIII. cap. IV. nr. X.

259) S. Sanchez l. c. disp. 18; Benedict. XIV. l. c. lib. XII. cap. V. nr. V.

260) Stapf a. a. O. S. 413—415.

261) Conc. Laodic. c. 52. c. 372 (c. 8. C. XXXIII. qu. IV.). Conc. Herdense a. 546, fragm. (Mansi, Coll. Conc. T. VIII. p. 616). Conc. Bracar. II. a. 572 (c. 9. C. XXXIII. qu. IV.). u. a. m. C. 4. X. de feriis (2. 9.) (Clemens III. a. 1190).

262) Conc. Trid. sess. XXIV. can. 11. de sacram. matrim. cap. 10 de reform matrim.

Sancti [263]). — Die geschlossene Ehe wird in das dazu bestimmte Kirchenbuch eingetragen [264]).

Die Ehe ist nach katholischer Lehre ein Sacrament, das also auch durch einen dazu geeigneten minister begründet werden muß. Da eine vollkommen giltige und wirksame Ehe (matrimonium verum et ratum) als Sacrament zu betrachten ist [265]), so kann nicht wohl daran gezweifelt werden, daß auch die formlosen Ehen vor dem sechszehnten Jahrhundert Sacramente gewesen, folglich auch die nach dem tridentinischen Concil an Orten, wo dasselbe nicht publicirt ist, in der älteren Weise neu eingegangenen und noch einzugehenden Ehen Sacramente seien, denn das Concil selbst hat die matrimonia clandestina libero contrahentium consensu facta ausdrücklich für rata ac vera erklärt [266]). Hieraus kann denn gefolgert werden, daß auch die nicht benedicirten, ja die ohne Mitwirkung eines Geistlichen geschlossenen Ehen Sacramente gewesen und resp. seien, daß folglich die sacramentalische Eigenschaft durch die Einwilligung der Brautleute bewirkt werde, die Brautleute also selbst ministri sacramenti sein müssen. Diese Ansicht ist auch von jeher in der Kirche die allgemein verbreitete gewesen, wenn gleich die entgegengesetzte, daß der Geistliche die Ehe, welche an sich nur apta materia sacramenti sei, als der wahrhafte minister sacramenti betrachtet werden müsse, auch ihre Vertheidiger gefunden hat [267]). Die Streitfrage selbst ist kirchlich niemals entschieden, obgleich freilich die römische Ansicht den Ehegatten selbst günstig ist [268]). Der Pabst Benedict XIV. selbst, der sich auch dieser Entscheidung mehr anschließt, wenn er äußert: Utraque opinio est probabilis suosque habet magnae auctoritatis patronos — Nullus inficiabitur, communiorem esse contrariam aliorum opinionem, qui constanter defendunt, solos contrahentes esse ministros sacramenti — Hanc quippe sententiam propugnaverunt fere omnes antiqui theologi iurisque canonici interpretes [269])

---

263) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 1 de ref. matr.

264) S. Uihlein, im Archiv für civilist. Praxis, Bd. 15, H. 1, Nr. 2, über den Ursprung und die Beweiskraft der Pfarrbücher, §. 8, 14.

265) Ueber etwaige Zweifel gegen diesen Satz s. m. die Anm. 267 cit. Recension über Berg, S. 42.

266) Sess. XXIV. cap. 1 de ref. matr.

267) Statt vieler vergl. man besonders G. D. Berg, über die Erforderlichkeit der priesterlichen Einsegnung zum Sacrament der Ehe. Eine dogmatisch-kirchenrechtliche Abhandlung. Breslau 1836, 8., und dagegen meine Recension in Richter's kritischen Jahrbüchern für teutsche Rechtswissenschaft (1837), Bd. 1, S. 33—44.

268) M. s. z. B. die Declaratio Congreg. Concilii Trid. im Thesaurus resolutionum Rom. T. XX. p. 92: Accedit, parochum in matrimoniis nullam exercere iurisdictionem, cum ex veriori et receptiori sententia ipse non sit minister magni huius sacramenti, sed sit testis spectabilis matrimonii, qui cum aliis testibus certam reddat ecclesiam, hunc atque illam matrimonium contraxisse.

269) De synodo dioecesana lib. VIII. cap. XIII. Selbst das mitunter übliche Trauungsformular: matrimonium per vos contractum confirmo, ratifico et benedico in nomine P. et F. et Sp. S. bezieht sich darauf.

— hat doch den Bischöfen untersagt, auf ihren Synoden sich bestimmt für eine Meinung zu entscheiden[270]).

Da von der Sacramentalität der Ehe ihre Unauflöslichkeit bisweilen hergeleitet wird (s. unten Anm. 405, 406), die nicht consummirte, d. h. durch Beischlaf perficirte Ehe aber noch unter gewissen Voraussetzungen auflösbar ist (s. Anm. 403), so ist mitunter in der Consummation der Ehe selbst das Hinzutreten des Sacramentes gefunden worden[271]). Jedenfalls sind aber gewisse Wirkungen an die „Beschreitung des Ehebettes" auch noch später geknüpft worden, besonders rücksichtlich der Vermögensrechte der Ehegatten[272]).

Eigene Schwierigkeiten existiren beim Abschlusse gemischter Ehen. Die katholische Kirche betrachtet selbst die Ehe der Evangelischen unter einander noch als Sacrament[273]), und hält sich für befugt, über dieselbe Bestimmungen treffen zu können[274]). Um so mehr liegt es in ihrem Interesse, auf die Ehen von Katholiken mit nichtkatholischen Christen einzuwirken. Sie hat daher stets die Eingehung derselben von ihr vortheilhaften Bedingungen abhängig gemacht, die sich aber nicht durchsetzen ließen, so daß sie den Umständen nach von solchen Bedingungen abzulassen nicht umhin konnte. Die Praxis hat sich dabei verschieden gestaltet. In den Ländern, wo das evangelische Bekenntniß herrschte, und die Publication des Concils von Trient nicht erfolgte, konnte gegen formlos geschlossene Ehen nichts bemerkt werden. Wegen des evangelischen Theiles erfolgte aber die Mitwirkung des evangelischen Geistlichen. Wo dagegen die Bevölkerung mehr gemischt war, und das Tridentinum publicirt worden, suchte die katholische Kirche durchzusetzen, daß stets die Ehe vor einem katholischen Geistlichen abgeschlossen würde, und wollte dieselbe sonst nicht anerkennen (s. die Anm. 274). Dieß fand jedoch Widerspruch[275]), und der Pabst Benedict XIV. sah sich veranlaßt nachzugeben und zunächst für die Niederlande zu bestimmen, daß auch ohne die tridentinische Form geschlossene gemischte Ehen, denen nur kein anderes canonisches Hinderniß entgegenstehe, giltig sein sollten[276]). Dasselbe ward später auch

---

270) L. c. lib. VII. cap. XXVI. §. 1. cap. XXVIII. §. 9.

271) S. c. 5. X. de bigamis non ordinandis (1. 21.) (Innocent. III.). S. J. H. Böhmer, ad h. l. not. 76.

272) S. Mittermaier, teutsches Privatrecht, §. 380.

273) Walter, Kirchenrecht, §. 295, vergl. §. 313.

274) Daher erklärt z. B. die Congreg. Conc. Trid. unterm 26. Sept. 1602 (thesaurus resolutionum T. IV. p. 132): Haereticos, ubi decretum Tridentinum est promulgatum, teneri talem formam observari et praeterea etiam ipsorum matrimonia absque forma concilii, quamvis coram ministro haeretico vel magistratu loci contracta, nulla atque irrita esse. Vgl. Resolutio d. d. 7. Januar 1737.

275) S. van Espen, ius eccl. universum, P. II. tit. XII. cap. V. §. 32 sq.

276) At, si forte aliquod huius generis matrimonium, Tridentini forma non servata, ibidem contractum iam sit, aut in posterum contrahi contingat, — matrimonium huiusmodi, alio non concurrente canonico impedimento, validum esse. Declaratio cum instructione super dubiis respicientibus matrimonia in Hollandia et Belgia d. d. 4. November 1741 im Bullar. Magnum,

anderweit zugeſtanden, wie namentlich durch ein Breve Pius VI. vom 19. Juni 1793 für das Herzogthum Cleve. — Nach und nach hatte ſich in den einzelnen teutſchen Ländern ein befriedigendes, keinen Theil verletzendes Verhältniß gebildet, denn überall, wo man mit Entſchiedenheit auftrat, wagte auch Rom nicht hemmend einzugreifen[277]). In der neueren und neueſten Zeit ſind jedoch in Folge der wieder erwachten hierarchiſchen Beſtrebungen mannigfache Mißverhältniſſe in der Angelegenheit der gemiſchten Ehen entſtanden, deren Beſeitigung durch Verhandlungen mit der Curie bewirkt werden ſollte. Verhandlungen mit Rom in einer Sache, die auf ſo feſte Weiſe im Zuſammenhange mit dem ganzen römiſch-katholiſchen Syſteme fundirt iſt, können indeſſen zu einem erfreulichen Reſultate nicht führen, und ſo iſt in Folge derſelben die bisherige Praxis und wohl hergebrachte Obſervanz mehrfach alterirt worden[278]). Im Allgemeinen iſt jetzt folgendes Verfahren üblich. Wenn ein gemiſchtes Brautpaar die Ehe zu ſchließen beabſichtigt und den katholiſchen Geiſtlichen nicht bewegen kann, die Hierologie zu vollziehen, ſo fordert es von demſelben Aufgebot, Dimiſſorialien, d. h. die Beſcheinigung, daß kein canoniſches Impediment der Ehe entgegen ſtehe, und trägt, indem er den Conſens der Brautleute vernommen, die Ehe ins Kirchenbuch ein (ſogen. paſſive Aſſiſtenz). Die Einſegnung der Ehe erfolgt dann auf Grund der Dimiſſorialien vom evangeliſchen Geiſtlichen[278a]).

Ueber den Charakter einer alſo begründeten Ehe iſt mehrfach geſtritten worden. Man hat derſelben insbeſondere die Eigenſchaft des Sacramentes abſprechen wollen, indem man zwiſchen Ehecontract und Eheſacrament einen Unterſchied ſtatuirte, und das letztere dann von der activen Aſſiſtenz, d. h. der billigenden Mitwirkung und dem Segen des katholiſchen Geiſtlichen abhängig machte. Nicht ohne Grund bemerkt aber dagegen Klee: die Meinung derjenigen, wornach es in der Kirche unſacramentaliſche, wenn gleich giltige, und ſacramentaliſche Ehen gibt, iſt von aller Tradition und Vernunft verlaſſen, ſo daß man an eine Widerlegung derſelben gar nicht gehen darf. In der Kirche ſind die Giltigkeit, Unauflöslichkeit, Sacramentlichkeit der Ehe eine mit der anderen geſetzt und von der anderen bedingt. Die Ehe der Ungläubigen iſt auflöslich, weil unſacramentlich, die der Gläubigen unauflöslich, weil ſacramentlich, durch beſondere göttliche Gnadenbeſiegelung befeſtigt, wodurch ſie eben zu ihrem reinen Weſen und Begriffe erhoben iſt, unter welchem ſie

---

T. XVI. p. 52, in teutſcher Ueberſetzung bei Eiſenſchmidt, römiſches Bullarium, Bd. 2, S. 423, 424. Vergl. Kutſchker, über die gemiſchten Ehen, §. 40.

277) M. ſ. nur die Entſcheidungen der Congreg. Concilii Trid. vom 27. Januar 1728 an den Erzbiſchof von Cöln. vom 24. November 1742 u. a. (ſ. über die gemiſchten Ehen, Stuttgart 1827, 8., S. 46). Ueber die Verhältniſſe im preuß. Staate vergl. man meine oben cit. Schrift S. 25 flg.

278) Die Verhandlungen und ergangenen Erlaſſe finden ſich in den Denkſchriften der Höfe und ziemlich vollſtändig bei Andreas Müller, Lexikon des Kirchenrechtes a. a. O.

278a) S. allg. preuß. L.-R. Th. 2, Tit. 11, §. 442, 443, und das oben Anm. 226 cit. neueſte Circular des Erzbiſchofs von Dunin.

aus dem Christenthume belassen ist [279]). Gegen diejenigen, welche überhaupt den gemischten Ehen die Natur des Sacramentes vom katholischen Standpunkte aus nicht zugestehen wollen, kann man sich auch auf die Autorität Benedict's XIV. und Anderer beziehen, indem namentlich Jener äußert: In divinis cum haereticis communicant catholici, qui cum iisdem sese matrimonio iungere non dubitant; etenim cum matrimonium unum sit ex septem ecclesiae sacramentis a Christo Domino institutum, idem est matrimonium cum haeretico contrahere ac unum idemque sacramentum una cum eodem vel conficere, si nimirum ipsimet contrahentes sint talis sacramenti ministri, quod magis communiter opinantur scholastici, vel saltem percipere, si scilicet, quod alii praesertim ex recentioribus theologis autumant, illius minister sit solus sacerdos [280]). Der Unterschied der activen und passiven Assistenz ist in Beziehung auf die Wirkung gar nicht vorhanden [281]), und also nur angenommen, um die Mißbilligung der Kirche bei Eingehung einer ihr nicht wohlgefälligen gemischten Ehe auszudrücken.

Vom Gesichtspunkte des Staates stellt sich das Verhältniß zum Theil anders dar, und ist insbesondere eine Trennung des Ehecontractes von dem Sacramente der Ehe wohl annehmbar; denn ein matrimonium legitimum nec ratum, oder ein ohne die Form des tridentinischen Decretes an solchen Orten, wo das Concil publicirt ist, geschlossenes Ehebündniß kann der katholischen Kirche überhaupt nicht als Ehe, folglich auch nicht als Sacrament gelten. Eine blos vor der bürgerlichen Obrigkeit erfolgende Abschließung der Ehe findet sich schon früh in den Niederlanden. In Frankreich überließ Ludwig XVI. durch Verordnung vom 28. November 1787 seinen nichtkatholischen Unterthanen, ihre Geburten, Ehen u. s. w. durch die katholischen Geistlichen oder durch die Gerichtsbehörde auf civilrechtlich giltige Art sicher zu stellen [282]). Ein königliches Decret vom 20. September 1792 überwies dann allgemeiner die Führung der Civilstandsregister den Municipalbeamten [283]). Der Code Napoleon hat dieß beibehalten [284]), und so ist diese bürgerliche Trauung noch üblich. Keineswegs sollte aber dadurch die Einwirkung der Kirche ausgeschlossen werden, denn das Gesetz von 1792 überläßt es der Freiheit jedes Bür-

---

279) Dogmatik Bd. 3, S. 347; vergl. Desselben, über die Ehe, S. 103. S. auch Walter, Kirchenrecht, §. 295.

280) De synodo dioecesana, lib. VII. cap. V. §. 3.

281) Walter (Kirchenrecht, §. 295) äußert hierüber: Die Unterscheidung einer activen und passiven Assistenz bei der Ehe ist unzulässig, weil jede Assistenz, auch diejenige, wobei er blos sieht und hört, die Verbindung zu einem Sacramente macht, also eine wahrhaft active ist.

282) S. Philippi, die Civilstandesgesetze in der königl. preuß. Rheinprovinz (Crefeld 1837, 8.), Einleit. S. XI.

283) Hermens, Handbuch der gesammten Staatsgesetzgebung über den christlichen Cultus u. s. w., Bd. 1 (Aachen u. Leipzig 1833, 8.), S. 292, 348.

284) Art. 165: Le mariage sera célébré publiquement, devant l'officier civil du domicil de l'une de deux parties.

gers, die kirchliche Trauung [285]) nachzuholen [286]), und so hat die Sitte darauf hingewirkt, daß dieß wohl ohne Ausnahme geschieht. Jedenfalls ist durch die bürgerliche Trauung dem Staate ein geeignetes Mittel gegeben, den kirchlichen Umtrieben zu begegnen. Sie ist daher auch in Bayern eingeführt [287]) und in Belgien wieder bestätigt [288]).

In der evangelischen Kirche [289]) erklärte man sich anfangs nicht mit Bestimmtheit über die Form, in der eine Ehe geschlossen werden sollte. Heimlich vollzogene Ehen erklärte Luther nur dann für nicht bindend, wenn sie gegen trennende Ehehindernisse geschlossen waren, wozu besonders die ohne Wissen und gegen den Willen der Eltern eingegangenen gehörten; doch forderte er, daß eigentlich die Ehe als ein öffentlicher Stand auch öffentlich gestiftet werden solle. Die Einsegnung hielt er nicht für nothwendig, äußerte aber, daß auf Begehren dieselbe zu ertheilen sei [290]). Mit der Zeit ward aber die Ansicht über die Ehe als einen heiligen Stand mehr und mehr vorwaltend; die Kirchenordnungen schrieben nun vor, es solle die Ehe öffentlich in der Kirche geschlossen werden, und bedrohten die Uebertreter dieser Vorschrift mit Strafen. So ist es denn zuletzt allgemeine Rechtsansicht der Evangelischen geworden, daß die Copulation der Ehegatten unumgänglich nöthig sei, und daß im Allgemeinen davon nicht dispensirt werden dürfe [291]). Diesem Grundsatze folgen auch die Particularrechte, welche die Wirkungen der Ehe erst vom Momente der geistlichen Einsegnung abhängig machen, wie das preuß. Recht [292]) u. a. m. [293]).

---

285) Tit. VI. art. VIII: L'assemblée nationale, après avoir déterminé le mode de constater, désormais, l'état civil des citoyens, déclare qu'elle n'entend ni innover, ni nuire à la liberté qu'ils ont tous de consacrer les naissances, mariages et décès par les cérémonies du culte auquel ils sont attachés, et par l'intervention des ministres de culte. Hermens a. a. O.

286) Die kirchliche Trauung soll nicht vorhergehen. S. Code pénal art. 199, 200. Das Gegentheil ist festgesetzt für den zum Gouvernement Berg früher gehörigen Theil der Rheinlande. Verordnung vom 25. August (6. September) 1814.

287) Edict vom 8. Sept. 1808, §. 18.

288) Verfass.-Urk. von 1831 (Pölitz, Samml. der europäischen Verfass., Bd. 2, S. 238).

289) S. bes. Hefftter, die Erbfolgerechte der Mantelkinder u. s. w. (Berlin 1836), S. 112 flg., und die daselbst cit. Literatur.

290) Vergl. Luther's Traubüchlein und Schrift von Ehesachen (Walch's Ausgabe von Luther's Schriften, Bd. 10, S. 893 flg.).

291) Hefftter a. a. O. S. 120 flg. M. s. aber noch: Sahme, diss. de matrimonio legitimo absque benedictione secerdotali. Regimont. 1722, 4. v. Ludewig, ob auch ohne priesterliche Trauung eine Ehe für christlich und die in derselben erzeugten Kinder für eheliche Leibeserben und Lehnsfolger zu halten? in seinen gelehrten Anzeigen, Th. 2, S. 320 (Halle 1744).

292) Allg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 136. S. überhaupt noch Bärenroth, preuß. gesetzliche Vorschriften über Aufgebot und Trauung u. s. w. 2. Aufl. Berlin 1821, 8.

293) Auszüge bei Andreas Müller a. a. O. Bd. 1, unter dem Worte Copulation.

Die formellen Bestimmungen selbst sind particularrechtlich verschieden. In der Regel soll aber nur in der Kirche copulirt werden. Hausstrauungen erfordern eine Dispensation[294]), oder sind ein Vorrecht adeliger und hoher Personen[295]). Auch wird in Nothfällen die Trauung außerhalb der Kirche verstattet, wie bei Krankheiten u. a.[296]) Insbesondere pflegt die Trauung auf dem Sterbebette bisweilen begünstigt zu sein, wogegen aber auch manche Gesetze die Wirkungen einer so geschlossenen Ehe beschränken[297]). Rücksichtlich der Zeit kommt, wie bei den Katholischen, das tempus clausum in Betracht, eine kürzere oder längere Frist in der Advent- und Fastenzeit. Bald ist während derselben jede, bald nur eine laute Hochzeit verboten[298]).

Der Geistliche, welcher die Copulation verrichtet, muß ein im Amte stehender[299]) competenter sein. Die Competenz, abhängig von den Brautleuten, ist in den Gesetzen verschieden bestimmt. Die Regel spricht bald für den Pfarrer der Braut[300]), bald für den des Bräutigams[301]). Bisweilen wird auch dem Verlobten die Wahl gelassen, insbesondere bei gemischten Ehen[302]), obgleich bei diesen regelmäßig der Pfarrer des Bräu-

---

294) S. z. B. für Preußen Verordn. vom 14. Septbr. 1797 (v. Rabe, Sammlung preuß. Gesetze, Bd. 4, S. 247); Württemberg, Rescr. v. 28. Jan. 1804; badische Verordn. v. 6. Dec. 1809, §. 18; kurhessisches Reg.-Rescr. v. 29. April 1820.

295) So in Sachsen ein Vorrecht der Adeligen, graduirten und in Rathsbestallungen und vornehmen Collegien stehenden Personen, nach der Polizeiordn. vom 22. Juni 1661, Tit. 16, §. 1; Befehl vom 30. Jan. 1722; Rescr. v. 15. Jan. 1808; Ordonnanz v. 19. Juli 1828, Th. 2, §. 69. Aehnlich in Hannover, s. Grefe, hannöversches Privatrecht, Bd. 2, §. 89. — Großherz. Hessen, Verordn. v. 6. Sept. 1810.

296) Sächs. Rescr. vom 7. Nov. 1787. Preuß. Verordnung v. 11. Juni 1828, u. a.

297) Nach früherem französischen Rechte fehlten einer solchen Ehe die bürgerlichen Wirkungen.

298) Stille Hochzeiten gestattet das kurhessische, das bayersche Recht (Verordn. vom 21. Sept. 1813) u. a. Nach preuß. Rechte sollen ohne Erlaubniß des Consistoriums 8 Tage vor Weihnachten und 14 Tage vor Ostern keine Trauungen vorgenommen, und in der Charwoche nur in dringenden Fällen und ohne Gestattung eines Hochzeitmahles die Erlaubniß gegeben werden. S. das Anm. 294 cit. Edict und Rescript vom 7. Mai 1818 (v. Kamptz, Annalen, 1818, H. 2, S. 349). In Hannover ist nur die letzte Adventwoche und die Woche vor Ostern tempus clausum (Gesetz vom 25. Jan. 1822, §. III, in der Gesetzsammlung dess. J. S. 65).

299) G. L. Böhmer, progr. de copulae sacerdotalis a deposito clerico furtim impetrato iniusto favore. Gotting. 1745, 4. S. Paalzow, de Ex-clerico copulante, in den Observat. ad ius Boruss. commune, fasc. II. (Berol. 1796, 8.) obs. XVIII.

300) Preuß. allgem. L.-R. Th. 2, Tit. 11, §. 435; auch bei Eximirten, Min.-Rescr. v. 8. Aug. und 31. Oct. 1822. Aehnlich in Sachsen und anderen Ländern.

301) So in Kurhessen.

302) S. Müller, Lexikon des Kirchenrechtes, Bd. 1, S. 765. S. auch badische Eheordnung v. 15. Juli 1807, §. 8.

tigams der competente ist [303]), und dann eine Nachtrauung durch den Pfarrer der Braut gestattet wird.

Da das Verhältniß der Ehegatten ein höchst persönliches ist, die Begründung desselben daher durch die persönliche Erklärung des Consenses als natürlich erscheint, so würde die Copulation mittelst eines Procurators immer bedenklich sein. Das canonische Recht gestattet nun zwar eine solche unter der Voraussetzung eines Specialmandates [304]), doch kann die ausgesprochene Einwilligung des Procurators immer nur als eine präsumtive und provisorische betrachtet werden, welcher daher die nachträgliche und bestimmte Erklärung des wirklichen Contrahenten folgen muß [305]). Particularrechtlich ist diese Stellvertretung auch jetzt gestattet [306]) und nur bei hohen fürstlichen Personen allgemeiner hergebracht [307]).

### 5) Wirkungen der Ehe.

Die Wirkung der Ehe ist die Realisirung ihres Begriffes, also die Erzeugung der vollständigen Lebensgemeinschaft sowohl in persönlicher, als dinglicher Beziehung. Die dingliche, also die vermögensrechtliche Seite dieser Gemeinschaft ist durch die bürgerliche Gesetzgebung sehr genau fixirt und bleibt nach dem schon oben angedeuteten Plane dieses Aufsatzes hier unerörtert [308]). Das canonische Recht folgt hierbei lediglich dem römischen Rechte und der Praxis, die sich im Mittelalter beim Gebrauche desselben feststellte [309]).

Was die persönliche Seite betrifft, so ist sowohl das Verhältniß der Gatten unter einander, als zu den Kindern näher in Betrachtung zu ziehen.

Die Ehegatten bilden eine Einheit und sind verpflichtet, dieselbe zu erhalten. Ihre Liebe darf daher nicht uneins werden durch Verletzung der gegenseitigen Treue (Ehebruch im weitesten Sinne, s. Anm. 388 flg.)[310]). Freude und Leid muß ihnen deßhalb auch gemeinschaftlich sein [311]), worauf die Trauungsformulare die Verpflichtung der Brautleute mit hinzurichten pflegen. Krankheit, Wahnsinn und jegliche Noth sind deßhalb auch

---

303) So in Württemberg (Religionsedict vom 15. Octbr. 1806), Kurhessen u. a.

304) S. c. ult. de procuratoribus in VI. (1. 19.)

305) Walter, Kirchenrecht, §. 294.

306) So nach dem österreich. Gesetzbuche Art. 76 (s. Wildner, ist die Eingehung einer Ehe durch einen Bevollmächtigten dann giltig, wenn die Bewilligung der Landesstelle dazu nicht erwirkt wurde? in der Zeitschrift für österreich. Rechtsgelehrsamkeit von Dolliner und Kuddler, 1838, H. 3, Nr. 11).

307) Nur diese setzt das preuß. Recht voraus, indem es allg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 167, dieselbe bei Privatpersonen untersagt.

308) Es genüge wegen der Literatur die Verweisung auf Mühlenbruch, doctrina Pandectarum, T. II. §. 260 sq.; Mittermaier, Grundsätze des teutschen Privatrechtes, Bd. 3, §. 381 flg.

309) M. s. deßhalb besonders den Titel der Decretalen de donationibus inter virum et uxorem et de dote post divortium restituenda. (4. 20.)

310) S. oben Anm. 17, 18.

311) Quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem viri, participem esse? Ulpianus, lib. 33. ad Edictum in L. 22. §. 7. D. soluto matrimonio. (24. 3.)

nicht geeignet, Aufhebungsgründe der ehelichen Gemeinschaft zu werden (s. aber unten Abschn. 6). Die Einheit der Person bewirkt eigentlich, daß die Gatten sich nicht gegenseitig vor Gericht belangen können, weßhalb das römische Recht auch keine Klage gab, doch in das officium iudicis auch die Pflicht der Unterstützung beider Theile gegen einander legte[312]). Zur geschlechtlichen Gemeinschaft (debitum coniugale, sogen. ius in corpus, eheliche Pflicht) sind sich beide verpflichtet, jedoch in den Grenzen, welche leibliches Wohl und keuscher Sinn gebieten[313]). Schon das mosaische Recht, dem die Kirche hierin folgte, schrieb vor, daß zu gewissen Zeiten Enthaltsamkeit bestehen solle[314]); insbesondere sollte nicht alsbald nach dem Abschlusse der Ehe deren Consummation eintreten[315]), wovon jedoch Dispensation ertheilt wurde[316]). Anhaltende Versagung verbietet aber das canonische Recht und die späteren Gesetze[317]), so daß auch deßhalb geleistete Versprechen zurückgenommen werden können[318]).

Die Rechte des Mannes insbesondere concentriren sich in der römischen manus, so wie im teutschen Mundium. Steht eine Frau noch als filia familias in patria potestas, so kann doch der Vater, wenn er einmal den Consens zur Ehe ertheilt, sein Recht nicht mehr im vollen Umfange geltend machen, und dem Manne gebührt gegen das Interdict de liberis exhibendis, mit welchem der pater familias die Tochter abfordern könnte, eine exceptio, so wie resp. eine Klage, wenn der Vater die nicht förmlich geschiedene Frau zurückhalten wollte[319]). Bei der freien Civilehe wird dem Manne zwar keine förmliche Macht, wie bei der strengen, zugestanden, doch mußte die Natur des ehelichen Verhältnisses, nach welcher dem Manne die obere Leitung des Hauswesens gebührt, von selbst auf eine gewisse Abhängigkeit führen. Im Wesen des teutschen Mundiums ist dieß Verhältniß noch bestimmter gegründet, und nach christlicher Ansicht ist der Mann das Haupt der Familie, welchem gehorsamt werden muß[320]). Indem die Frau dem Mundium, dem Schutze des Mannes unterworfen ist, ist aber auch zugleich die Pflicht gesetzt, daß der Frau

---

312) Mühlenbruch, doctrina Pandectarum, T. II. §. 256. not. 2.

313) J. J. Beck, von Leistung der ehelichen Pflicht. Nürnberg 1733, 4. S. 2. Mosis 21, 10.; 1. Corinther 7, 3—5.; c. 12. 14. 5. C. XXXII. qu. IV. (Hieronym. a. 386, 390); c. 3. C. XXXII. qu. II. (Augustin. a. 401); c. ult. X. de eo qui cognovit consanguineam uxoris (4. 13.) (Gregor IX. a. 1234). S. allg. preuß. L.-A., Th. 2, Tit. 1, §. 178—180.

314) S. den Art. Cölibat, Bd. 2, S. 682, Anm. 3. Vgl. C. XXXIII. qu. IV.

315) Conc. Carthag. IV. a. 398, c. 13 (c. ult. dist. XXIII.): Eadem nocte pro reverentia benedictionis in virginitate permaneant. C. 1. C. XXX. qu. V: Biduo vel triduo orationibus vacent.

316) Ius primae noctis.

317) 1. Corinther 7, 4. u. 5. C. 6. X. de raptoribus (5. 17.) (Lucius III. a. 1181). S. preuß. L.-R., Th. 2, Tit. 1, §. 178, 694.

318) S. Tit. X. de conversione coniugatorum. (3. 32.)

319) L. 1. §. fin. D. de liberis exhibendis. (43. 29.) C. 11. C. de nuptiis. (5. 4.)

320) S. c. 12 sq. C. XXXIII. qu. V. — Des Mannes Entschluß gibt in gemeinschaftlichen Angelegenheiten den Ausschlag. Allg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 184.

Schutz und Unterhalt zu Theil werde [321]). Ihr gebührt der Name, der Rang, das Recht des Mannes. Namentlich theilt sie sein Forum und seinen Wohnsitz [322]). Verändert der Mann das Domicil, so ist die Frau zu folgen verpflichtet, wenn nicht eine causa turpis Anlaß gibt, wie bei der Flucht [323]), bei gesetzwidrigem Auswandern, Gefängniß u. s. w., so wie wenn die Frau dadurch in ein Abhängigkeitsverhältniß geriethe [324]). Sonst aber kann, weil es dem Wesen der Ehe widersprechen würde, vom Manne darauf nicht verzichtet werden [325]), und es ist daher eine Singularität des preußischen Rechtes, daß die Frau nicht folgen dürfe, wenn ihr diese Pflicht durch einen vor der Heurath geschlossenen Vertrag erlassen wurde [326]). Ueberhaupt scheinen Verträge, welche die persönlichen Verhältnisse der Ehegatten in bestimmter Weise bindend modificiren, nicht beifallswerth, während hinsichtlich der vermögensrechtlichen Punkte besondere Vereinbarungen selbst nothwendig werden. Die Ehe zur linken Hand (salische, morganatische Ehe) ist in dieser Rücksicht besonders bemerkenswerth [327]). Ihre Eigenthümlichkeit besteht darin, daß vertragsmäßig die Frau nicht Rang und Stand des Mannes theilt und sie selbst, wie die Kinder durch eine bestimmte Summe u. s. w. abgefunden werden, die gewöhnliche Succession also ausgeschlossen wird. An sich ist diese Ehe aber eine in allen anderen Beziehungen kirchlich und bürgerlich wirksame [328]), nach neueren Gesetzen jedoch nur bei Personen des hohen Adels oder in Folge besonderer Dispensation statthaft [329]). Vgl. d. Art. Misheurath.

Mit dieser Ehe darf man die sogenannte Gewissensehe nicht verwechseln [330]). Man versteht darunter „eine Gesellschaft zweier Personen verschiedenen Geschlechts, welche für ein ausschließendes eheliches Beisammensein auf Lebenszeit, ohne Beobachtung kirchlicher Ehefeierlichkeiten, blos durch gegenseitige Erklärung des Eheconsenses errichtet wird", denn die ohne kirchliche Form und heimlich gehaltene Verbindung ist, wenn auch unter Umständen die Kirche eine solche als Ehe sollte betrachten wollen, bürgerlich nur als Concubinat zu beurtheilen. Die Wirkung einer vollständigen Ehe, hinsichtlich der Kinder, ist bei einer solchen Verbindung auch nicht vorhanden.

---

321) L. 2. D. de iniuriis. (47. 10.) Allg. L.-R. cit. §. 185 flg.

322) L. 65. D. de iudiciis. (5. 1.) L. 5. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.) C. 9. C. de incolis. (10. 39.) C. 13. C. de dignitatibus. (12. 1.) — S. aber c. 4. C. XXXIV. qu. I.

323) C. 24. C. de donat. inter V. et U. (5. 16.) Vergl. c. 2. C. ne uxor pro marito (4. 10.) u. a. S. Abr. Kästner, quatenus uxor maritum relegatum sequi teneatur. Lipsiae 1739. — Allg. L.-R., Th. 2, Tit. 1, §. 679 flg., vergl. §. 197.

324) S. Thibaut, System des Pandektenrechtes, §. 438, Note z. Vgl. Tittmann, diss. de competentia legum externarum etc. cap. III.

325) Allg. L.-R., Th. 2, Tit. 1, §. 682.

326) S. Mittermaier, teutsches Privatrecht, §. 398, 414.

327) Daher irrt z. B. Feuerbach, Lehrbuch des peinl. Rechtes, §. 457, wenn er die morganatische Ehe dem römischen Concubinat gleichsetzt.

328) M. s. z. B. preuß. allg. L.-R., Th. 2, Tit. 1, §. 835 flg.; bayersches Landrecht, Th. 1, Cap. 6, u. a. m.

329) S. Hefftter a. a. O. S. 96 flg.

Die aus einer legitimen Ehe entspringenden Kinder sind selbst legitim. Nach dem Grundsatze: pater est quem nuptiae demonstrant[331]), wird die Präsumtion festgehalten, daß ein Kind, das nicht vor dem 182. Tage nach Abschluß, und nicht nach dem zehnten Monate nach Auflösung einer Ehe geboren wird, ein Kind dieses Vaters sei[332]). Es ist dieses eine praesumtio iuris et de iure, die der Vater nur durch den Beweis der Unmöglichkeit seiner ehelichen Beiwohnung zu entkräften vermag. Weigert sich aber sonst der Mann, das Kind anzuerkennen, so kann ihn die Frau durch die actio de partu agnoscendo dazu nöthigen[333]). Das canonische Recht folgt hierbei den Bestimmungen des römischen Rechtes[334]), an welches sich auch die particularen Gesetzgebungen in der Hauptsache anschließen[335]).

Auch außerehelich gezeugte Kinder können in gewissem Umfange zu dem Rechte ehelicher durch nachfolgende Ehe ihrer Erzeuger gelangen (legitimatio per subsequens matrimonium)[336]). Um den Concubinat zu verdrängen und die Ehe der in demselben lebenden Personen zu befördern, bestimmte Constantin, daß durch Eingehung einer Ehe des Mannes mit der Concubine die Kinder zu legitimen erhoben werden sollten. Zeno, Anastasius, Justinus wiederholten die Vorschrift, und Justinian machte sie zu einer allgemeinen[337]). Die Annahme, daß hierbei die Fiction leitend gewesen sei, als ob die im Concubinate Lebenden schon wirklich verheurathet gewesen, läßt sich nicht rechtfertigen[338]).

Der Concubinat ward übrigens mit der Zeit mehr und mehr gemißbilligt und gesetzlich verboten[339]), und eine Gleichstellung der Concubinenkinder (liberi naturales) mit anderen außerehelichen, aus einem Stuprum erzeugten (spurii, vulgo quaesiti) konnte nun wohl gerechtfertigt werden, da die früheren Vorzüge der naturales im Verhältniß zum Va-

---

331) L. 5. D. de in ius vocando. (2. 4.)

332) L. 12. D. de statu hominum. (1. 5.) L. 6. D. de his qui sui vel alieni iuris. (1. 6.) L. 3. §. 11. 12. D. de suis et legitimis. (38. 16.) C. 4. C. de posthumis. (6. 29.) — Ist ein Kind vor dem sechsten Monate geboren, und wird es vom Vater anerkannt, so gilt es ebenfalls für legitim. C. 11. C. de naturalibus liberis. (5. 27.) Nov. 89. cap. 8. §. 1.

333) S. Tit. Dig. XXV. 3. Die Klage ist auch utiliter bei unehelichen Kindern rücksichtlich der Alimentation derselben zulässig.

334) Wegen des Beweises selbst s. m. Walter, Kirchenrecht, §. 312.

335) M. s. z. B. preuß. allg. L.-R., Th. 2, Tit. 2, §. 1—7, und die reiche Literatur bei Simson, quaestionum ex iure Prussorum civili specimen (Habilitationsschrift). Regimontii 1840, 8.

336) Georg Jordens, de legitimatione disp. II. Trai. ad Rhen. 1742, 1743, und bei Fellenberg, iurisprud. antiqua, T. II. nr. XVII. — Dieck, Beiträge zur Lehre von der Legitimation durch nachfolgende Ehe. Halle 1832, 8.

337) C. 5. 6. 7. 10. 11. C. de naturalibus liberis. (5. 27.) §. 13. J. de nuptiis. (1. 10.) Nov. 12. cap. 4. Nov. 18. cap. 11. Nov. 74. cap. 1. Nov. 78. cap. 4. Nov. 89. cap. 8.

338) S. Prehn, ob die Legitimation außer der Ehe geborener Kinder sich in einer römischen Erdichtung gründe? Rostock 1777, 4. Thibaut, Versuche, Bd. 1, Nr. 10.

339) S. den Art. Concubinat, Bd. 2, S. 772 flg.

ter u. ſ. w. weggefallen waren. Das canoniſche Recht erkennt daher auch erweitert die Legitimation der unehelichen Kinder durch nachfolgende Ehe an [340]). Der Einfluß des geiſtlichen Rechtes überwand auch die entgegenſtehende Anſicht des teutſchen, welches den Legitimirten alle Vorzüge beſtreiten wollte, und bewirkte, daß auch die weltlichen Gerichte das Recht der „Geeheten" anerkannten. So der Schwabenſpiegel im Art. 378, und beſonders der vermehrte Sachſenſpiegel, Buch 1, Cap. 3, Diſtinctio 1: „Nu werdin ouch kinder geborn naturlich, das ſint die, wo ein ledik wip und ein ledik man, aber eine ledige dirne mit eime ledigin knechte ſich czu ſampen miſchen, alſo das ſie, an alle globde, naturliche libe beginnen, kinder mit enander czu habin. Noch der kinder geburt nemen ſich zu der E. Die kinder ſint von gotis wegen und babiſtlicher geſetcze geet, und nemen erbeteil an ihres vaters und muter gute." Bei der Entſcheidung dieſer Frage ſtatuirte aber Alexander III. [341]) eine Ausnahme, bezüglich der im Ehebruche erzeugten Kinder, über deren jetzige Geltung die Meinungen getheilt ſind. Manche erklären, die Legitimation der adulterini ſei hier darum ausgeſchloſſen, weil zur Zeit der Abfaſſung dieſer Decretale die Ehe zwiſchen Ehebrecher und Ehebrecherin überhaupt verboten geweſen [342]). Da dieß jedoch nicht richtig iſt [343]), hat man die Ausnahme auf den auch ſpäter unterſagten Fall des Ehebruches beſchränkt, nämlich wenn der Ehebrecher dem anderen Theile nach dem Leben getrachtet [344]). Dagegen erklären Andere, und zwar die Meiſten, die Ausnahme dadurch, daß nach der Intention des Geſetzes und dem Geiſte der Legitimation überhaupt zur Zeit der Erzeugung oder Geburt des Kindes außer der Ehe, wenigſtens die Möglichkeit der Ehe zwiſchen den Eltern dieſes Kindes vorhanden ſein müſſe [345]), und zwar ſchlechthin oder in Folge einer Dispenſation (wie bei Inceſtuoſen), daß daher adulterini nicht legitimirt werden können, weil zur Zeit der Geburt derſelben die bereits beſtehende Ehe mit einer anderen Ehe unvereinbar geweſen. Auch jetzt ſind die Meinungen der Juriſten noch nicht ausgeglichen, und die Praxis ſelbſt iſt verſchieden. Die Anſicht, welche in den Fällen, wo der Ehebruch jetzt

340) S. c. 1. 6. 9. X. qui filii sint legitimi. (4. 17.)

341) C. 6. X. cit. Si autem vir, vivente uxore sua, aliam cognoverit, et ex ea prolem susceperit, licet post mortem uxoris eandem duxerit, nihilominus spurius erit filius et ab hereditate repellendus, praesertim si in mortem uxoris prioris alteruter eorum aliquid fuerit machinatus: quoniam matrimonium legitimum inter se contrahere non potuerunt.

342) So J. H. Böhmer ad c. 6. X. cit., desgleichen in der dissert. de legitimatione ex coitu damnato natorum (Halae 1727, 4.), in den Exercitat. ad Pandectas T. I. nr. XX. p. 865 sq., und ius eccl. Prot. lib. IV. tit. XVII.

343) S. oben Anm. 197 flg. Vgl. Schrader, Abhandlungen aus dem Civilrechte, Bd. 1, Nr. 1.

344) S. Schweikart, disp. de matrimonii vi in liberis adulterinis legitimandis non deficiente. Regismonti 1823, 8.

345) S. van Espen, ius eccl. univ. P. II. tit. X. cap. IV. Walter, Lehrbuch des Kirchenrechtes, §. 311, und der daſelbſt cit. Benedict XIV. u. a. m.

kein Ehehinderniß mehr bildet, die Legitimation zuläßt, hat in neuerer Zeit mehr Anhang gefunden [346]).

Die nachfolgende Ehe hat übrigens die legitimirende Wirkung an sich, und es bedarf dazu jetzt nicht mehr des Consenses der Kinder [347]), während nach römischem Rechte derselbe erforderlich war, da homines sui iuris in eine bisher nicht vorhandene potestas geriethen. Nothwendig ist indessen die wirkliche Ehe, nicht das bloße Verlöbniß [348]), denn Brautkinder sind nicht legitim [349]). Als solche gelten aber nicht diejenigen, welche vor der wirklichen Eingehung der Ehe concipirt, jedoch erst während bereits bestehender Ehe geboren wurden.

Die Legitimität der Kinder ist Folge einer wirklichen Ehe. Es kann daher zweifelhaft scheinen, ob dieselbe auch dann behauptet werden könne, wenn nur eine vermeintliche Ehe (matrimonium putativum) vorhanden ist, d. h. eine solche, die von den Contrahenten bona fide eingegangen worden, aber später als unzulässig erscheint. Nach der gewöhnlichen Ansicht hat der Theil, welcher das der Ehe entgegenstehende Hinderniß nicht kannte, alle Rechte eines wahren Ehegatten, und die Kinder erscheinen in Beziehung auf beide Gatten als rechtmäßige [350]). Indessen muß man die Grundsätze des römischen und canonischen Rechtes hier sondern, denn nach jenem muß quellenmäßig wohl das Gegentheil behauptet werden [351]), während das canonische Recht allerdings solchen Kindern das Prädicat von legitimen beilegt [352]), was auch neuere Gesetzgebungen anerkannt haben [353]).

Das rechtliche Verhältniß der Kinder zu den Eltern im Einzelnen ergibt sich theils aus der Natur der Sache, theils aus der Pietät und dem Gehorsame [354]). Die Kinder haben Anspruch auf Namen, Stand

346) S. Anm. 344 cit. Schweikart. Dieck, Anm. 336 cit. Eichhorn, Kirchenrecht, Th. 2, S. 451. Mühlenbruch, doctrina Pandectarum, T. II. §. 294. not. 2. In Preußen anerkannt, s. Resc. vom 28. Februar 1818; desgleichen vom Oberappellationsgerichte zu Darmstadt, s. Bopp, Mittheilungen aus den Materialien der Gesetzgebung und Rechtspflege des Großherzogthums Hessen, Bd. 1, S. 54 flg. (Darmstadt 1830, 8.)

347) S. aber v. Buchholtz, ist bei der Legitimation durch nachfolgende Ehe die Einwilligung der Kinder nothwendig? in den juristischen Abhandlungen aus dem Gebiete des heutigen römischen Rechtes (Königsberg 1833, 8.), Nr. 18. Vergl. dazu die Rescripte in Schunck's Jahrbüchern der juristischen Literatur, 1833, Bd. 22, H. 1, S. 47—50.

348) S. Mevius cit. bei Thibaut, System des Pandektenrechtes, §. 483, Note c.

349) Hefftter, die Ebfolgerechte der Mantelkinder, §. 29, S. 163 flg.

350) S. z. B. Thibaut a. a. O. §. 409; Mackeldey, Lehrbuch des heutigen römischen Rechtes, §. 230, u. a. m.

351) S. v. Buchholtz, können Kinder aus einer putativen Ehe für legitime Kinder gelten? in den juriſt. Abhandlungen Nr. 13.

352) C. 8. 10. 14. X. qui filii sint legitimi. (4. 17.) Doch durfte das Aufgebot nicht unterlassen sein. S. c. 3. §. 1. X. de clandestina desponsat. (4. 3.)

353) S. preuß. L.-R., Th. 2, Tit. 2, §. 50 flg.; österreich. Gesetzbuch, Art. 160; Code civil art. 201, 202.

354) M. vergl. Thibaut a. a. O. §. 347 flg.; Mühlenbruch, §. 259; Mittermaier a. a. O. §. 361 flg. und a. a. O.

des Vaters, ſtandesmäßigen Unterhalt u. ſ. w., worüber ſchon das gemeine Recht, und insbeſondere die particularen Geſetzgebungen nähere Beſtimmungen enthalten[355]). Als bedeutungsvoll iſt hier beſonders die Stellung der Eltern rückſichtlich der Erziehung der Kinder ins Auge zu faſſen.

Die nächſte Entſcheidung über dieſen Gegenſtand gebührte nach römiſchem Rechte dem Vater wegen ſeiner potestas, und nicht minder nach teutſchem Rechte wegen des Mundiums. Beide Begriffe, obgleich verſchieden, ſchmolzen in der Anwendung jedoch mehr zuſammen, zumal ſeit das römiſche Recht in Teutſchland größeren Einfluß gewann. Indeſſen hatte auch das Chriſtenthum, die Kirche und die Volksſitte die Strenge des Rechtes modificirt, und der Mutter neben dem Vater eine verhältnißmäßige Mitwirkung erworben. Dieß hat denn die Feſtſtellung des particularen Rechtes mit beſtimmt, während freilich das gemeine Recht die alte Regel im Ganzen aufrecht erhalten hat. Demnach beſtimmt der Vater, und die Mutter wird mit ihrer berathenden Stimme vernommen. Was namentlich die religiöſe Erziehung der Kinder betrifft[356]), ſo hat der Vater darüber bis zu dem Alter des Kindes, in welchem dieſes ſich ſelbſt beſtimmen kann (annus discretionis), Entſcheidung zu treffen. Sind die Eltern derſelben Confeſſion zugethan, ſo wird ein weiteres Bedenken in der Regel nicht ſtattfinden[357]); anders aber, wenn die Ehe eine gemiſchte iſt[358]). Als gemeines Recht iſt die Beſtimmung des Vaters bis zum Discretionsjahre des Kindes anzuerkennen. Dieſes Jahr iſt bei den Evangeliſchen gemäß eines Concluſums des Corpus Evangelicorum vom 22. April 1752 das vierzehnte[359]), während die Katholiken ein feſtes Jahr nicht angenommen haben, daher auch die Landesgeſetze von einander abweichen[360]), und das 16., 18., 21. Jahr vorſchreiben. Das allgemeine Recht des Vaters kann aber nach manchen Geſetzen durch beſondere Verabredung beſchränkt werden, ſo nämlich, daß die Eltern ſich durch ein eigenes Pactum über dieſen Punkt vereinbaren. Dieß iſt der Fall in Bayern, Baden, Kurfürſtenthum und Großherzogthum Heſſen, Mecklenburg, Württemberg u. a. Dabei iſt denn mitunter vorgeſchrieben, daß ſolche Verträge nur vor Abſchluß der Ehe ſtatthaft ſind, während bisweilen auch während der Ehe unter gewiſſen Beſchränkungen dergleichen

---

355) S. z. B. allg. L.-R., Th. 2, Tit. 2, §. 58 flg.

356) S. Dürr, diss. de potestate patris circa religionem liberorum. Moguntiae 1755, 4., und in Schmidt, thesaurus iuris eccl., T. VI. nr. XVIII. Strube, rechtliche Bedenken, Bd. 1, Bedenken CXLIV.

357) Indeſſen kann ein ſolches doch eintreten, wenn z. B. jüdiſche Eltern nicht einig ſind, ob das Kind jüdiſch oder chriſtlich erzogen werden ſoll.

358) S. die oben Anm. 217 cit. Schriften. Dazu Mittermaier, Bemerkungen über die neueſte teutſche Geſetzgebung in Bezug auf religiöſe Erziehung der Kinder aus gemiſchten Ehen, in Elvers' Themis, Bd. 1, H. 1, Nr. 1, verb. mit Deſſelben teutſchem Privatrecht, §. 115. S. auch Sammlung einiger Landesgeſetze über gemiſchte Ehen. Berlin 1838, 8. (aus v. Kamptz Jahrbüchern der preuß. Geſetzgebung, Heft 101, beſonders abgedruckt).

359) S. den Art. Confirmation, Bd. 2, S. 927, Anm. 63.

360) S. Frey, kritiſcher Commentar über das Kirchenrecht, Th. 3, §. 216.

erlaubt werden, wie im Königreiche Sachsen nach dem Gesetze vom 1. Nov. 1836. Dagegen verbieten andere Gesetze wieder dergleichen Vereinbarungen, wie das preußische und hannöversche Recht, und schreiben eine feste Norm vor, oder gestatten den Eltern sich darüber zu vereinigen, ohne sich aber binden zu können. So verordnet das preuß. Recht, daß die Kinder der Religion des Vaters folgen sollen, wenn nicht der Wille der Eltern ein Anderes fordert (Allg. L.-R., Th. 2, Tit. 2, §. 77, 78; Edict vom 21. Nov. 1803 und 17. Aug. 1825). Noch andere schreiben vor, daß die Kinder getheilt dem Geschlechte der Eltern folgen (so früher das preuß. allg. L.-R., Th. 2, Tit. 2, §. 76; Kurhessen, Bayern u. v. a.).

Die in Preußen beliebte Anordnung hat viele Gegner, aber auch Vertheidiger gefunden, und scheint in der That wohl geeignet, in dieser in vieler Hinsicht so schwierigen Angelegenheit als Muster dienen zu können [361]).

Wegen der Erziehung unehelicher Kinder hat die Mutter zu bestimmen, insofern nicht wegen gewisser Rücksichten Beschränkungen bestehen, so wenn der Vater des Kindes ein Christ ist [362]).

### 6) Auflösung der Ehe.

Zum Begriffe der Ehe gehört die fortdauernde Gemeinschaft, die Unauflöslichkeit. Eine Aufhebung der Ehe kann daher nur Folge einer physischen oder moralischen Unmöglichkeit ihres Fortbestehens sein. Eine Auflösung erfolgt deßhalb ipso iure durch den Tod [363]). Nach römischem Rechte hatte auch der bürgerliche Tod diese Wirkung, jedoch verschieden bei der capitis diminutio maxima und media; denn während jene durch Vernichtung der juristischen Person des Individuums die Ehe selbst zugleich zerstörte, wenn nicht der andere Theil das Gegentheil wollte [364]), konnte bei der capitis diminutio media doch noch eine Restitution des verlorenen status erfolgen, und so durfte die Ehe auch nur als eine ihrer Wirkung nach suspendirte betrachtet werden. Daher konnte auch bei der Kriegsgefangenschaft des Mannes die zurückbleibende Frau nur nach älterem Rechte in 5 Jahren, nach späterem Rechte dagegen erst dann eine neue Ehe eingehen, wenn der Tod des gefangenen Mannes feststand [365]). Das neuere Recht stimmt mit gewissen Modificationen überein (s. unten).

Wenn eine Ehe nicht wirklich geworden, kann sie natürlich auch nicht

---

361) M. s. Eichhorn, Kirchenrecht, Bd. 2, S. 227, 228. Vgl. meine Anzeige von Ammon's Schrift über die gemischten Ehen in den Jahrbüchern für wissenschaftliche Kritik, 1839, Bd. 2, Nr. 18, 19.

362) S. z. B. preuß. allg. L.-R., Th. 2, Tit. 2, §. 642, 643. Min.-Verordn. vom 11. April 1823. Cab.-Ordre, v. 21. Nov. 1834 (v. Kamptz, Jahrbücher, Bd. 21, S. 248; Bd. 44, S. 353, 354).

363) S. aber noch unten Abschnitt 7.

364) Matrimonium quidem deportatione vel aquae et ignis interdictione non solvitur, si casus in quem maritus incidit non mutet uxoris affectum. C. 1. C. de repudiis. (5. 17.) Vgl. c. 24. C. de donat. inter V. et U. (5. 16.)

365) C. 7. C. de repudiis (5. 17.), verb. L. 8. 12. 14. §. 1. D. de captivis. (49. 15.) Nov. 22. cap. 7. Nov. 117. cap. 11.

aufgelöst werden; indessen kann die Declaration ihrer Nichtexistenz erforderlich sein, und dieses ist eigentlich der Fall bei der Nullität einer Ehe. Anders ist es dagegen, wenn eine Ehe in der That eingegangen ward, aber im Verlaufe der Zeit aufhörte Ehe zu sein. Hier tritt eine Auflösung ein, Scheidung der Ehe.

### Nullität der Ehe.

Da die Ehe als gesetzmäßige immer nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen mit Erfolg eingegangen werden kann, so ist dieselbe eigentlich gar nicht vorhanden, wenn diese Voraussetzungen fehlen. Es ist ein blos factisches, kein rechtliches Verhältniß (matrimonium nullum). Sind die mangelnden Requisite aber von der Art, daß sie noch später erwirkt werden können, so wird die Ehe durch deren Nachholung eine rechtliche; ist dieß hingegen nicht der Fall, dann muß das factische Verhältniß vernichtet werden. Die Scheinehe wird für null erklärt. Die einzelnen hier in Betracht kommenden Gründe sind oben im dritten Abschnitte nachgewiesen. Es entscheiden also die trennenden, nicht zu beseitigenden Ehehindernisse. Sind dieses Privatimpedimente, so kann nur der verletzte Theil dieselben geltend machen, aber auch darauf verzichten, was stillschweigend durch fortgesetzte Geschlechtsgemeinschaft, nachdem die Kenntniß des Hindernisses erlangt worden, geschieht [366]). Der Beweis der Nullität kann übrigens nicht durch bloßes Geständniß oder deferirten Eid, sondern nur durch Augenschein und andere in concreto geeignete Mittel hergestellt werden [367]). Ist das trennende Hinderniß ein öffentliches, so können nicht nur die Gatten, sondern auch jeder Dritte die Klage anbringen, und der Richter ist selbst ex officio verpflichtet, darüber eine Untersuchung anzustellen [368]). Hinsichtlich der Beweisführung ergeben sich auch hier gewisse Beschränkungen beim Gebrauche des Geständnisses und Eides. Insofern nämlich die Gefahr einer Collusion vorhanden ist, können diese Mittel nicht zur Anwendung kommen [369]); sonst aber werden selbst solche Personen als Zeugen vernommen, die in anderen Fällen suspect oder sogar unzulässig sein würden, wie nahe Verwandte u. s. w., vorausgesetzt nur, daß nicht allgemeine Verdachtsgründe gegen sie sprechen [370]).

Ueber das ganze Verfahren hat Benedict XIV. in der Constitution: Dei miseratione, vom 3. Nov. 1741, nähere Bestimmungen erlassen [371]). Hiernach sollen Nullitätsklagen nur vor dem Bischofe oder dem Syno-

---

366) S. die oben Anm. 89 cit. Stellen. Verb. c. 4. X. qui matrimonium accusare possunt. (4. 18.)

367) Vgl. Eichhorn, Kirchenrecht, Bd. 2, S. 313, 347, 457.

368) Can. XXXV. qu. VI. C. 2. 6. X. qui matrimonium accusare possunt. (4. 18.) C. 7. X. de cognatione spirituali. (4. 11.) — C. 3. X. de divortiis. (4. 19.)

369) Mehr sagt nicht c. 5. X. de eo qui cognovit consanguineam (4. 13.), und mit Unrecht ist öfter die Anwendbarkeit dieser Mittel Seitens der Ehegatten allgemein ausgeschlossen worden. M. vergl. darüber die weitere Ausführung im Art. Eid.

370) C. 3. C. XXXV. qu. VI. C. 3. X. qui matrim. accusare. (4. 18.) Vgl. c. 22. X. de testibus. (2. 20.)

371) Bullar. Magnum. T. XVI. p. 48 sq.

dalgerichte verhandelt werden. An der Verhandlung ſoll ein Vertreter der Giltigkeit der Ehe (defensor matrimonii), für welche überhaupt im Zweifel zu ſprechen iſt [372]), Theil nehmen. Wird gegen Aufrechthaltung einer Ehe entſchieden, ſo ſoll der Defenſor auch gegen den Willen der Parteien ex officio das Rechtsmittel ergreifen und in ähnlicher Weiſe auch bei den folgenden Inſtanzen fungiren.

Iſt die Nullität gegründet, ſo wird die Ehe aufgehoben, und zwar ex tunc, d. h. bis auf den Anfang hin [373]), wenn nicht ein matrimonium putativum beſtand (ſ. oben Anm. 350—353). Die bisher verheuratheten Perſonen ſind jetzt wieder frei und können eine neue Ehe ſchließen; doch geht das Nullitätserkenntniß nicht dergeſtalt in Rechtskraft über, daß es nicht wieder angefochten und den Umſtänden nach aufgehoben werden könnte, da es ſich um eine causa publica handelt [374]). Sollte daher in Folge einer Herſtellung der erſten annullirten Ehe die ſpäter geſchloſſene zweite Ehe annullirt werden müſſen, ſo würde dieſe in ihren Folgen als ein matrimonium putativum zu beurtheilen ſein [375]).

Die evangeliſche Kirche und die Particularrechte [375a]), folgen im Ganzen dieſen Grundſätzen, die aber doch in der Anwendung beſondere Schwierigkeiten machen, nämlich bei gemiſchten Ehen und dann, wenn die Principien des Staates und der Kirche nicht harmoniren. Iſt eine Ehe nec legitimum, nec ratum, ſo wird immer das Nullitätsurthel unbedenklich ſcheinen, es möge vom geiſtlichen oder weltlichen Richter gefällt werden. Iſt dagegen eine Ehe legitimum nec ratum, und hat der geiſtliche Richter die Cognition, dann entſteht Bedenken, und eine Ausgleichung der Ehegeſetzgebung wird hier dringendes Bedürfniß. Nach der preußiſchen Conſtitution vom 25. Auguſt 1796, §. 4, ſoll das canoniſche Recht von den geiſtlichen Gerichten bei rein katholiſchen Ehen hinſichtlich der Annullirung gebraucht werden [376]). Das Reſcript vom 17. Juli 1800, Nr. 12, beſtimmt aber, daß in ſolchen Colliſionsfällen das preuß. Recht vorgehe [377]). Daher ward auch im Jahre 1816 eine zweite nach Annullirung einer erſten geſchloſſenen und nach Herſtellung derſelben ſelbſt vom geiſtlichen Gerichte annullirte Ehe als bürgerlich noch beſtehend anerkannt [378]).

### Eheſcheidung.

Eine wirklich giltige Ehe wird aufgelöſt durch Scheidung. Die Grundſätze darüber ſind in den verſchiedenen Rechten ſehr abweichend.

---

372) C. 26. X. de sentent. et re iudic. (2. 27.) C. 1. X. de consanguin. (4. 14.)

373) C. 5. X. de donat. inter V. et U. (4. 20.)

374) C. 7. 11. X. de sent. et re iud. (2. 27.) C. 5. 6. X. de frigidis et malefic. (4. 15.)

375) S. Eichhorn, Bd. 2, S. 460, 461. S. Anm. 378.

375a) S. z. B. allg. L.-R., Th. 2, Tit. 1, §. 962 flg. Code civil art. 201, 202.

376) Leman, weſtpreuß. Provinzialrecht, Bd. 2, S. 372.

377) Leman a. a. O. S. 433.

378) Reſcript vom 10. October 1816 (v. Kamptz, Jahrbücher der preuß. Geſetzgebung, Bd. 8, S. 239).

Obgleich das römiſche Recht[379]) die Ehe in ihrer höheren Bedeutung nicht verkannte, ſo wollte es doch der Freiheit des Willens ſo wie der Begründung auch bei der Beendigung derſelben möglichſten Vorſchub thun und höchſtens indirect, oder von der religiöſen Seite her die Dauer des Bündniſſes ſichern. Lange wirkte auch die Sitte vortheilhaft, wenigſtens inſofern, als nicht grundloſe Scheidungen vorkamen, denn die Scheidung des Carvilius Ruga[380]) im Jahre Roms 523 war gewiß nicht die erſte, aber doch wohl das erſte Beiſpiel einer calumniöſen Trennung, welche Veranlaſſung ward, ſich durch cautiones rei uxoriae wegen der Rückgabe des Vermögens der Frau gegen Willkürlichkeiten des Mannes zu ſichern. Die Scheidung ſelbſt war übrigens ein bloßer Privatact, jedoch nicht ohne beſtimmte Formen; denn bei der ſtrengen Civilehe war die Diffarreatio bei der confarreirten Ehe nöthig, ſo wie eine Remancipatio bei der Coemtio, und bei der freien Ehe verordnete die lex Iulia de adulteriis die Anwendung der ſchriftlichen Erklärung vor Zeugen. Im Allgemeinen war es auch gleichgiltig, ob die Scheidung von einer oder von beiden Seiten verlangt wurde, und ob genügende Gründe dazu vorhanden waren oder nicht, und nur inſofern zeigte ſich eine Verſchiedenheit, als bei einſeitiger Trennung ohne iusta causa den ſchuldigen Theil gewiſſe Vermögensnachtheile trafen. Später erfuhren dieſe Grundſätze aber bedeutende Modificationen, denn eine willkürliche Trennung, wenn auch mit Uebereinſtimmung beider Theile (divortium bona gratia), ſollte nicht mehr ſtatthaft ſein[381]), und eine einſeitige Scheidung (ob indignationem) ſollte ſtets nur ex iusta causa erfolgen, wozu gerechnet wird: Conſpiration gegen den Staat, wenn Einer dem Anderen nach dem Leben trachtet oder gegen gefährliche Nachſtellungen nicht ſchützt, wenn die Frau ſich heimlich aus dem Hauſe entfernt, eigenmächtig öffentlichen Schauſpielen beiwohnt, mit Männern Zuſammenkünfte hält oder badet, ſo wie wenn der Mann die Frau zu verkuppeln ſucht, ſie fälſchlich des Ehebruches anklagt, und ſelbſt nach zweimaliger Warnung den ungeziemenden Umgang mit anderen Frauen nicht aufgibt[382]), u. a. m. Dieſe Beſtimmungen waren indeſſen nur Ausfluß einer lex minus quam perfecta, indem eine dagegen bewirkte Scheidung doch anerkannt blieb und nur Strafe eintrat[383]).

Bei den Juden war die Scheidung gleichfalls freigeſtellt; denn wenn

---

379) Wächter, über Eheſcheidungen bei den Römern. Stuttgart 1822, 8. Haſſe, Güterrecht der Ehegatten, Bd. 1, §. 40 flg., S. 129 flg.

380) v. Savigny, über die erſte Eheſcheidung zu Rom; in den Abhandlungen der berliner Akademie der Wiſſenſchaften für d. J. 1814—1815 (Berlin 1817, 4.), S. 61—66, wiederholt mit Zuſätzen in der Zeitſchrift für geſchichtl. Rechtswiſſenſchaft, Bd. 5, Nr. 7.

381) Nov. 134. cap. 10. 11. (Nov. 140, nach welcher das ältere Recht hergeſtellt werden ſollte, kommt hier nicht in Betracht, da ſie von Juſtinian's Nachfolger herrührt und überdieß nicht gloſſirt iſt.)

382) Nov. 117. cap. 8—14.

383) S. C. un. §. 7. C. de rei uxoriae actione. (5. 13.) C. 12. §. 1. C. qui potiores in pignore (8. 18.) u. a.

ein Mann seine Frau um eines Ekels willen [384]) nicht mehr behalten wollte, durfte er ihr einen Scheidebrief geben und sie entlassen. Was unter dem Ekelhaften zu verstehen sei, darüber war man um Christi Zeit nicht einig, und es stritten deßhalb die Schulen des Schammai und Hillel. Jene erklärten den Ausdruck durch: Unanständigkeit in That und Wort, die Hillelianer dagegen deuteten ihn von Allem, was irgend mißfällig und unangenehm wäre, und diese letztere Ansicht fand mehr Beifall. Beides ward von Christus verworfen, und vielmehr gelehrt, daß eine Scheidung nie nach menschlichem Willen erfolgen solle. Nur um des Ehebruches willen (ἐπὶ πορνείᾳ) dürfe sich der Mann vom Weibe scheiden [385]); sonst aber sind die Gatten nicht zwei, sondern ein Fleisch, und was Gott zusammengefügt, soll der Mensch nicht trennen. Insbesondere wird auch die nach willkürlicher Trennung erfolgte Wiederverheurathung gemißbilligt [386]), was auch die Apostel des Herrn wiederholen [387]). Ueber die Auslegung und Anwendung der biblischen Aussprüche entstanden bald verschiedene Ansichten, welche eine abweichende Praxis veranlaßten. Auf zwei Punkte mußte es hier aber ankommen, nämlich welche Gründe zur Scheidung hinreichend seien, und ob nach erfolgter Scheidung eine neue Ehe geschlossen werden dürfe.

Christus hatte erklärt, Scheidung könne nur stattfinden ἐπὶ πορνείᾳ. Darunter verstand man bald nur den Ehebruch im strengsten Sinne, bald dehnte man diesen Ausdruck auf andere Vergehen aus, indem man eine moechia carnalis und spiritualis unterschied [388]). Darüber, ob der vom Ehebrecher geschiedene unschuldige Theil eine neue Ehe eingehen könne, bildete sich eine entgegengesetzte Ansicht. Manche gestatteten die Wiederverheurathung [389]), Andere verwarfen sie [390]). Im vierten Jahrhundert war auch darüber noch keine feste Regel; denn während das Concil von Eliberis von 313 der geschiedenen Frau die neue Ehe verbietet, gibt das Concil zu Arles von 314 dem Manne den Rath, während des Lebens der ehebrecherischen Frau sich nicht wieder zu vermählen [391]). —

---

384) Ervath dabar, 5. Mosis 24, 1., durch die Septuaginta übersetzt: ἄσχημον πρᾶγμα, Vulgata: propter aliquam foeditatem, bei Luther: um einer Unlust willen; vergl. überhaupt Tholuck, Auslegung der Bergpredigt Christi, S. 245 flg.

385) Ev. Matth. 5, 31. u. 32.; 19, 8. u. 9., vergl. 1. flg.

386) S. die vorige Anm. verb. Marci 10, 2. flg.; Lucä 16, 18.

387) Römer 7, 3. 1. Corinther 7, 10., 11., 39. Epheser 5, 28. flg.

388) So Hermas Pastor mandat. IV. (c. 6. Can. XXVIII. qu. I. vgl. c. 7. C. XXXIV. qu. I. II.): Non solum moechatio est illius, quae carnem suam coinquinat, sed etiam quae simulacrum facit moechatur. C. 11. Can. XXXII. qu. IV. (Augustin.), und die Kirchenväter zu Matth. 5, 31. u. 32. S. Anm. 408.

389) S. Ambrosiaster ad 1. Corinth. 7, 15. (c. 17. C. XXXII. qu. VII.) S. Anm. 391. Epiphanius advers. haeres. cap. LIX. nr. 4. S. auch Constit. Apostol. lib. VI. cap. 15 u. a.

390) Hermas not. 388 cit. Tertullian. de patientia cap. XII. u. a. a. O. Hieronymus in c. 7. Can. XXXII. qu. VII.

391) C. 8. 9. Conc. Eliberit. in c. 8. C. XXXII. qu. VII. — Concil. Arelat. c. 10. (Vielleicht ist hier auch nur der Unterschied beider Geschlechter

Entſcheidend ward jedoch die Autorität Auguſtin's. In der Schrift de fide et operibus, lib. IV. cap. 19, drückt er ſich noch zweifelnd aus: Quisquis etiam uxorem in adulterio deprehensam dimiserit et aliam duxerit, non videtur aequandus eis, qui excepta causa adulterii dimittunt et ducunt. Et in ipsis divinis sententiis ita obscurum est, utrum et iste, cui quidem sine dubio adulteram licet dimittere, adulter tamen habeatur, si alteram duxerit, ut quantum existimo, venialiter ibi quisque fallatur. Mit Beſtimmtheit äußert er ſich dagegen in der Erklärung der Bergpredigt, in der Schrift de coniugiis adulterinis u. a. m.[392]), daß ein Geſchiedener bei Lebzeiten des anderen Theiles nicht wieder heurathen dürfe, da das vinculum der Ehe erſt durch den Tod aufgelöſt werde. Dieſe Anſicht ward in der ſpäteren Geſetzgebung feſtgehalten[393]) und iſt vom Concil von Trient beſtätigt worden[394]).

Die kirchliche Lehre ward aber keineswegs ſofort praktiſch, indem ſowohl im römiſchen Reiche, als bei den Germanen zweite Ehen der Geſchiedenen fortwährend vorkommen, auch geſetzlich wirkſam ſind[395]). Die Kirche ertheilte ſtets den Rath, unvermählt zu bleiben, ſuchte auch durch Auferlegung von Pönitenzen einzuwirken, und hat ſeit dem zwölften Jahrhunderte das Princip zur allgemeinen Geltung gebracht. Die griechiſche Kirche folgte jedoch demſelben nicht und geſtattete wegen Ehebruches eine Scheidung quoad vinculum matrimonii[396]). Vergebens bemühte man ſich zu Rom bei den Unionsverſuchen die Griechen zur Annahme der katholiſchen Praxis zu bewegen, und ſo ſah man ſich auch zu Trient genöthigt, die Lehre ſelbſt mit beſonderer Vorſicht zu fixiren. Man hatte anfangs die Abſicht, dieſelbe dogmatiſch zu beſtimmen mit den Worten: Si quis dixerit, matrimonium in casu adulterii solvi posse, anathema sit, ließ aber der Griechen wegen davon ab, und faßte den Satz alſo: Si quis dixerit, ecclesiam errare, cum docuit et docet, iuxta evangelicam et apostolicam doctrinam propter adulterium alterius coniugum matrimonii vinculum non posse dissolvi, et utrumque, vel etiam innocentem, qui causam adulterio non dedit, non posse, altero coniuge vivente, aliud matrimonium contrahere, moecharique eorum, qui dimissa adultera, aliam duxerit, et eam, quae dimisso adultero, alii nupserit, anathema sit[397]). Man hat

---

hervorgehoben, da man geneigt war, nur der Frau, nicht dem Manne die zweite Ehe zu unterſagen; worauf auch die Anm. 389 cit. Stelle des Ambrosiaster hinführt: Non subdit de viro, quod de uxore praemisit, quia viro licet ducere aliam.)

392) Bei Gratian in c. 1 sq. 6. 10. Can. XXXII. qu. VII.
393) S. z. B. c. 2. 7. X. de divortiis (4. 19.) u. v. a.
394) Sess. XXIV. can. 7 de sacram. matrim.
395) S. Eichhorn, Kirchenrecht, Bd. 2, S. 465 flg.
396) S. die Belege bei Walter, §. 315.
397) M. vergl. über die Verhandlungen Pallavicini, historia Conc. Trid. lib. XXII. cap. 4.

daher erklärt, es sei dieses kein eigentliches Dogma, aber auch nicht bloße Disciplin, sondern ein doctrineller Satz[398]).

Von der Regel, daß eine Ehe quoad vinculum nicht durch Scheidung aufgelöst werden könne, statuirt die katholische Kirche aber noch folgende Ausnahmen:

a) Wenn von zwei nicht christlichen Ehegatten der eine sich zum Christenthum bekehrt, der andere aber die Ehe nicht friedlich fortsetzen will, dann ist jener im Falle der Scheidung vom Bande gelöst. Dieser von der katholischen Kirche auf 1. Corinther 7, 12. flg. basirte Grundsatz[399]) ist öfter bezweifelt worden, jedoch in Folge wiederholter Erklärungen der römischen Bischöfe, dann auch wieder vertheidigt[400]). Für den umgekehrten Fall, wenn von zwei christlichen Gatten der eine den Glauben aufgibt, gilt dieß aber nicht[401]), und am allerwenigsten würde diese Regel auf das Verhältniß bei einer gemischten Ehe anwendbar erscheinen[402]).

b) Wenn bei einem matrimonium ratum vor der Consummation der eine Theil das feierliche Gelübde der Keuschheit ablegt, so wird dadurch das Eheband gelöst[403]). Ist dagegen schon eheliche Beiwohnung erfolgt, so kann nur mit Einwilligung des anderen Theiles die Ehe aufgehoben werden, das vinculum bleibt aber bestehen und eine Wiederverheurathung des nicht Profeß leistenden Theiles ist unzulässig[404]).

Der eigentliche Grund, auf welchem die Unauflöslichkeit der Ehe dem Bande nach in der katholischen Kirche beruht, ist bestritten. Bald hat man angenommen, diese Wirkung folge aus dem Begriffe der Ehe selbst, bald, sie sei mit der Sacramentalität der Ehe verbunden[405]). Die letztere Annahme würde immer das große Bedenken gegen sich haben, als ob es wirkliche Ehen in der katholischen Kirche geben könne, welche nicht Sacramente seien[406]).

---

398) S. Kopp, die katholische Kirche im neunzehnten Jahrhundert (Mainz 1830, 8.), S. 358 flg., S. 397.

399) S. Can. XXVIII. qu. I. C. 7. 8. X. de divortiis. (4. 19.)

400) S. Benedict. XIV. de baptismo Iudaeorum d. a. 1747, §. 58 u. a.; de synodo dioecesana lib. VI. cap. IV. lib. XIII. cap. XXI. Berg, über das Eheband. Eine dogmatisch-kirchenrechtliche Abhandlung über 1. Corinther 7, 15. Münster 1829, 8. Binterim, quaestio de libertate coniugis infidelis, factae fidelis, si infidelis alter recuset cohabitare pacifice nec sine contumelia creatoris. Confluentibus 1834, 8.

401) C. 7. X. de divortiis. (4. 19.)

402) S. den unten Anm. 419 cit. Wiebenfeld S. 30 (vergl. meine Anzeige in Richter's krit. Jahrbüchern für teutsche Rechtswissenschaft, 1837, Bd. 2, S. 1014).

403) C. 27. 28. Can. XXVII. qu. II. C. 2. 7. 14. X. de conversione coniugatorum (3. 32.) u. a. m. Conc. Trident. sess. XXIV. can. 6. de sacram. matrim.

404) C. 19. 21. 22. 25. 26. Can. XXVII. qu. II. C. 4. 7. 8. 13. 18. X. de convers. coniug. (3. 32.)

405) Vergl. c. 7. X. de divortiis. (4. 19.) Conc. Trid. sess. XXIV. de ref. matr. sub init. — Walter, §. 313. Eichhorn, Bd. 2, S. 481, 482.

406) S. oben Anm. 279. Uihlein, in Weiß' Archiv der Kirchenrechtswissenschaft, Bd. 5, H. 3 u. 4, S. 268.

Indem die katholiſche Kirche eine Trennung der Ehe quoad vinculum nicht geſtattet, doch aber Fälle unvermeidlich ſind, in denen Ehegatten ihre Gemeinſchaft zu erhalten nicht wohl genöthigt werden können, ſo wird eine Scheidung zugelaſſen, bei welcher das vinculum matrimonii fortdauert, eine bloße Trennung von Tiſch und Bett (separatio quoad mensam et thorum), und zwar eine beſtändige (perpetua) oder zeitige (temporaria). Das Concil von Trient erklärt darüber: Si quis dixerit, ecclesiam errare, cum ob multas causas separationem inter coniuges, quoad torum seu quoad cohabitationem, ad certum incertumve tempus fieri posse decrevit, anathema sit [407]).

Die separatio perpetua, welche die Gatten bis zum Tode ſcheidet, erfolgt

a) wegen des Ehebruches, der aber in weiterer Bedeutung als Verletzung der ehelichen Treue auch auf Lebensnachſtellung u. ſ. w. mit ausgedehnt wird [408]). Zum Beweiſe genügt dabei dringender Verdacht [409]). Zwang, Irrthum u. ſ. w. hebt aber den Begriff des Verbrechens auf, folglich auch den Grund zur Trennung [410]). Auch wird hierauf nicht geachtet, wenn der Kläger ſelbſt die Ehe gebrochen [411]), oder der unſchuldige Theil dem anderen Verzeihung angedeihen ließ, ausdrücklich [412]) oder ſtillſchweigend, durch Leiſtung der ehelichen Pflicht [413]).

b) Die böslich Verlaſſung wird von der Theorie und Geſetzgebung als gleich wirkſam betrachtet [414]), doch iſt die Praxis abweichend. Wichtig wird beſonders die Verlaſſung überhaupt im Zuſammenhange mit der darauf folgenden Todeserklärung. Leo X. erklärt darüber in einem Breve d. d. 5. Idus Augusti 1515: Quodque ordinarii vel eorum vicarii facta diligenti sufficientia, quod capti ab infidelibus sunt mortui aut quod de eorum vita certitudo aliqua ha-

---

407) Sess. XXIV. can. 8 de sacram. matrim.

408) S. oben cit. Anm. 199 flg. Anm. 388. C. 23. Can. XXXII. qu. V. C. 12—15. C. XXXII. qu. VII. C. 1. 5. X. de divortiis. (4. 19.)

409) C. 27. X. de testibus. (2. 20.) C. 12. X. de praesumtionibus. (2. 23.) Ueber die Erklärung der Worte: nudus cum nuda, ſ. Brinkmann, wiſſenſchaftlich praktiſche Rechtskunde, Bd. 1 (Schleswig 1831, 8.), Nr. 11.

410) S. c. 3. 4. 7. 14. Can. XXXII. qu. V. — C. 1. 6. C. XXXIV. qu. I et II. Auch Verleitung durch den anderen Ehegatten kommt hier in Betracht. C. 6. X. de eo qui cognovit consanguin. (4. 13.)

411) C. 1. C. XXXII. qu. VI. C. 4. 5. X. de divortiis. (4. 19.) C. 6. 7. X. de adulteriis. (5. 16.)

412) C. 25. X. de iureiurando. (2. 24.)

413) Vergl. Geſterding, Ausbeute von Nachforſchungen, Bd. 1 (Greifswald 1826, 8.), Nr. 13, S. 11. Uihlein und Weiß, in Weiß' Archiv der Kirchenrechtswiſſenſchaft, Bd 4, S. 39 flg., 299 flg.; Bd. 5, H. 2, S. 160 flg., 171 flg.

414) Declaration Pius VI. vom 11. Juli 1789. Eichhorn, Bd. 2, S. 471. S. aber v. Weber, über beſtändige Sonderung von Tiſch und Bett nach canoniſchem Rechte, in der Zeitſchrift für Rechtspflege und Verwaltung zunächſt in dem Königreiche Sachſen, herausgeg. von dem voigtländiſchen Vereine (Leipzig 1838), Bd. 2, H. 1, Nr. 2, S. 6 flg.

beri non potest, licentiam cum aliis contrahendi infra terminum arbitrio statuendum dare libere et licite valeant. Manche Ordinariate befolgen demgemäß die Grundſätze über Todeserklärung nach erfolgter Edictalcitation und dem Ablaufe einer beſtimmten Zeit, während andere eine gerichtliche Todeserklärung nicht für ſicher genug halten, um den Tod zu beweiſen, und daher noch Vernehmung von Zeugen oder andere eine moraliſche Sicherheit gewährende Beweismittel für den Tod eines Verſchollenen begehren.

c) Der vorhin erwähnte Fall der Anm. 404.

Iſt eine dauernde Separation ausgeſprochen, ſo kann dieſelbe doch wieder aufgehoben werden, und es ſteht dem unſchuldigen Theile frei, den anderen wieder aufzunehmen, was jedoch erſt nach ſtrenger Buße geſchehen ſoll. Hat aber der Unſchuldige ſpäter ſelbſt gefehlt und die im Bande noch beſtehende Ehe verletzt, dann iſt er zur Herſtellung der Ehe ſogar genöthigt [415]).

Die katholiſche separatio perpetua wird particularrechtlich oft der völligen Scheidung quoad effectus civiles gleichgeſetzt [416]), und dem Gewiſſen der Getrennten überlaſſen, ob ſie eine zweite Ehe ſchließen wollen.

Die separatio temporaria [417]) erfolgt aus verſchiedenen Gründen, namentlich gegenſeitiger Haß und Feindſchaft, Abfall des einen Theiles vom katholiſchen Glauben und Gefahr der Verführung für den anderen, anſteckende Krankheit und andere nach den Umſtänden zu ermeſſende Urſachen [418]). Eine ſolche Trennung erfolgt auf beſtimmte oder unbeſtimmte Zeit und ändert zunächſt an den rechtlichen Verhältniſſen des ehelichen Bundes nichts, bis etwa die zeitliche in eine perpetuirliche Separation verwandelt werden muß.

In der evangeliſchen Kirche wurde alsbald die Theorie des canoniſchen Rechtes über die Eheſcheidung verlaſſen und eine abweichende Interpretation der hierher gehörenden Stellen der heiligen Schrift, von welcher man auszugehen entſchloſſen war, angenommen. Man erklärte, daß Chriſtus zunächſt nur jede willkürliche Trennung einer rechtmäßigen Ehe verboten. Rechtmäßig iſt die Ehe, welche Gott durch die Obrigkeit geſchloſſen hat, und die daher auch nur rechtmäßig durch die Obrigkeit wieder getrennt werden kann. Wo die Trennung zuläſſig erachtet wird, iſt ſie eine vollſtändige, ſo daß das Band der Ehe ſelbſt damit aufgelöſt wird. Es iſt ſomit Trennung und Wiederverheurathung ſtatthaft, jedoch nur in dem Falle der πορνεία. Dazu gehört im Sinne Chriſti die gröbſte Form der Hurerei und die Untreue in den mannigfaltigen Abſtufungen bis zum ſtillen Begehren des Herzens nach einem fremden Weibe.

---

415) C. 5. X. de divortiis. (4. 19.)

416) S. z. B. allgem. L.-R., Th. 2, Tit. 1, §. 734; großherz. ſachſen-weimar. Geſetz v. 7. Oct. 1823, §. 48.

417) S. Vermehren, über zeitige Scheidung von Tiſch und Bett; in Weiß, Archiv der Kirchenrechtswiſſenſch., Bd. 5, H. 2, Nr. 7, S. 125 flg.

418) S. X. IV. 8. de coniugio leprosorum; IV. 19. de divortiis; IV. 20. de donat. inter V. et U.

Unter den bestehenden unvollkommenen Verhältnissen sind hierbei aber gewisse Grenzen zu ziehen, so daß als Scheidungsgrund nur diejenige πορνεία anerkannt werden darf, bei welcher die Untreue zugleich animo et corpore erfolgt. Darnach würde nur Unzucht und Verlassung des Ehegatten im strengsten Sinne hierher gehören und die geringeren Fälle würden nicht geeignet sein, eine vollständige Scheidung zu bewirken[419]).

Die Reformatoren erklärten gleich anfangs, daß eine wirklich geschiedene Ehe nicht das vinculum fortbestehen lasse, was die schmalkaldischen Artikel bestätigten[420]), und verwarfen andererseits die Trennung des Ehebandes wegen professio religiosa[421]). Ueber die Scheidungsgründe selbst wechselten die Ansichten. Anfangs betrachtete Luther als solche: Impotenz, Ehebruch, bösliche Verlassung, später nur constatirte Hurerei oder Ehebruch[422]). Melanthon fügte dazu noch: saevitia, veneficia, insidiae vitae structae[423]). Calvin folgte der strengeren, Zwingli der milderen Ansicht. Die Kirchenordnungen nahmen meistens nur Ehebruch und bösliche Verlassung an, doch wurden diese Gründe mit der Zeit analog erweitert, und durch eine laxe Anwendung oft bedeutend vermehrt. In den verschiedenen Gesetzgebungen und bei den Schriftstellern finden sich daher als Scheidungsursachen 1) Ehebruch, 2) bösliche Verlassung, 3) Verweicherung der ehelichen Pflicht, 4) Haß und Feindschaft, 5) Lebensnachstellung, 6) Verhinderung der Zeugung und Abtreibung der Leibesfrucht, 7) Unkeuschheit wider die Natur, 8) jede Verletzung ehelicher Treue, 9) Gefängnißstrafe, 10) infamirende Strafe, 11) Beschuldigung wegen Verbrechen, 12) unerträglicher Charakter, Unverträglichkeit, 13) Mißhandlung, Grausamkeit, 14) Unfruchtbarkeit der Frau, 15) Untüchtigkeit des Mannes, 16) beständige Krankheit, 17) Raserei und Gemüthskrankheit, 18) Selbstschwächung, 19) Unkeuschheit mit Anderen vor der Ehe, 20) ansteckende Krankheit, 21) lasterhafte Lebensweise, 22) Trunk und Verschwendung, 23) schimpfliches Gewerbe, 24) Abfall vom Glauben, 25) gegenseitige Einwilligung, 26) zweifache Ehe, 27) Betrug

---

419) Aus der reichen Literatur nennen wir nur: Wiedenfeld, über die Ehescheidung unter den Evangelischen. Leipzig 1837, 8. Ueber Ehe und Ehescheidung, Staat und Kirche und deren Verhältniß zu einander. Votum eines Theologen zur Entscheidung dieser Zeitfrage, als Beitrag zur Begründung einer Reform des protestantischen Eherechtes. Nürnberg 1838, 8. Ueber den einzig wahren Ehescheidungsgrund in der christlichen Kirche, so wie in den christlichen Staaten, von einem Juristen. Bayreuth 1838, 8. (s. meine Recension in Richter's und Schneider's kritischen Jahrbüchern für teutsche Rechtswissenschaft, 1839, Bd. 6, S. 708 flg.).

420) Tit. de potestate et iurisdictione episcoporum: Iniusta etiam traditio est, quae prohibet coniugium personae innocenti post factum divortium.

421) S. die bei Planck, Gesch. des protest. Lehrbegriffes, Bd. 1, S. 299 flg., mitgetheilten Stellen.

422) Luther's Werke Bd. 10 (Ausg. v. Walch), S. 797, 908, 949 flg., 973 u. a.

423) Melanthon, de coniugio, u. a. m.

bei Eingehung des Ehevertrages[424]). Auch soll die landesherrliche Gnade eine Ehe auflösen können[425]).

Es bedarf wohl kaum der Erinnerung, daß eine so leichte Praxis auf das Wohl der Gesammtheit und der Einzelnen den verderblichsten Einfluß üben muß, und so ist es ein gutes Zeichen der Zeit, daß gegen das bestehende Recht von verschiedenen Seiten her (s. die Anm. 419 cit. Schriften)[426]) Stimmen laut werden. Auf Landtagen und bei Ständeversammlungen sind mehrfach schon Anträge gemacht worden, die ältere strengere Praxis herzustellen, ohne daß indessen bisher von besonderen Erfolgen etwas bekannt geworden wäre.

Die evangelische Kirche kennt übrigens neben der förmlichen Scheidung auch eine separatio quoad mensam et thorum temporaria, als eine vorläufige Trennung[427]), um, beim Mangel hinreichender Scheidungsgründe, die Gatten wieder auszusöhnen[428]). Gelingt dieß nicht, so geht nach Verlauf einiger Jahre nothwendig diese Trennung in wirkliche Scheidung über, freilich unter richterlicher Autorität[429]).

Die Wirkung einer vollständigen Scheidung besteht überhaupt in der vollen Lösung des bisherigen Nexus, sowohl nach der persönlichen als dinglichen Seite; doch pflegt die Frau den Namen des Mannes fortzuführen, wenn nicht unter Umständen das Gegentheil bestimmt wird. Beiden Theilen steht es frei, eine neue Ehe zu schließen (s. den folgenden Abschnitt), insofern nicht dem schuldigen Gatten die Wiederverheurathung untersagt wird. Die Vermögensverhältnisse werden auch mit Rücksicht auf Schuld und Unschuld gesondert, und dabei bestimmte Vortheile und Nachtheile zuerkannt. Darüber, ob die Kinder getheilt oder nur einem Gatten übergeben werden, wird vom Richter nach den Umständen bestimmt[430]).

Bei der Scheidung einer gemischten Ehe[431]) erfordert es die Parität der Confessionen sowohl, als die Gleichheit vor dem Gesetze,

---

424) In der Anm. 419 cit. Schrift: „Ueber den einzig wahren Ehescheidungsgrund," sind diese Gründe mit Nachweis der Literatur aufgeführt. Wegen der Gesetzgebungen s. m. Andr. Müller, Lexikon des Kirchenrechtes, Bd. 2, S. 496 flg.

425) S. allg. Kirchenzeit. 1839, Nr. 29.

426) Vgl. auch: Ueber die heutige Gestalt des Eherechtes. Berlin 1833, 8. (aus der evangelischen Kirchenzeitung besonders abgedruckt).

427) Ueber die rechtlichen Gründe der Befreiung einer Ehefrau von der Verbindlichkeit des Zusammenlebens mit dem Ehemanne vor gänzlicher Auflösung des ehelichen Bandes, von Pfeiffer, in den praktischen Ausführungen, Bd. 5 (Hannover 1838, 4.), Nr. 4.

428) S. z. B. allg. L.-R., Th. 2, Tit. 1, §. 723 flg. Allg. Gerichtsordn. Th. 1, Tit. 40, §. 56 flg.

429) Pfeiffer, praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft, Bd. 2 (Hannover 1828, 4.), Nr. 9.

430) M. s. überhaupt Thibaut, System des Pandektenrechtes, §. 468 flg.; Mühlenbruch, II. §. 279, u. a. a. O. Das Nähere verordnen die Particularrechte. M. s. z. B. preuß. allg. L.-R., Th. 2, Tit. 1, §. 732 flg.

431) Thibaut a. a. O. §. 427. Uihlein, in Weiß' Archiv der Kirchenrechtsw., Bd. 5, H. 2, Nr. 6, S. 91 flg.; H. 3 u. 4, Nr. 15, S. 263 flg., und cit. Lit. Eichhorn, Kirchenrecht, Bd. 2, S. 515 flg.

daß Jeder nach seinem Rechte beurtheilt werde. Für den katholischen Theil sollte daher höchstens auf separatio quoad mensam et thorum perpetua, für den evangelischen aber müßte dann auf Scheidung quoad vinculum erkannt werden. Die Gesetzgebungen und die Praxis weichen aber davon ab, denn die geistlichen Gerichte pflegen den evangelischen Theil mit dem katholischen nach demselben Princip zu beurtheilen, während die weltlichen das Umgekehrte thun.

### 7) Zweite Ehe.

Die Ehe als eine vollendete ist nur durch den Tod auflösbar und dauert eigentlich auch über diesen hinaus. Daher finden wir schon früh selbst die Sitte, daß die Frau den Mann in den Tod begleitet, mit ihm stirbt [432]). Bei den Römern, so wie bei den Germanen erscheint die zweite Ehe nicht beliebt [433]), und daher auch an gewisse erschwerende Bedingungen geknüpft. Der Hauptgrund ist freilich die Rücksicht auf die Kinder, und die sogenannten poenae secundarum nuptiarum haben den Zweck, das Vermögen der Kinder erster Ehe sicher zu stellen, weshalb solche Strafen gar nicht vorkommen, wenn eine Ehe kinderlos geblieben war [434]). Daher ist hiervon auch der Fall durchaus verschieden, wenn der verstorbene Ehegatte dem überlebenden gewisse Vortheile unter der Bedingung, sich nicht wieder zu verheurathen, zusichert, welche bei dem Zuwiderhandeln nicht gewährt werden [435]). Vor dem Abschlusse einer zweiten Ehe soll aber erst eine bestimmte Zeit (Trauerjahr) vorübergehen, theils des Anstandes halber, theils und besonders zur Vermeidung der confusio sanguinis [436]). Die Verletzung des Trauerjahres zieht für die Frau bestimmte Vermögensnachtheile und die Infamie nach sich.

Das teutsche Recht [437]) kennt anfangs wirkliche Nachtheile für den zweiten Ehegatten nicht, hat aber später durch den Einfluß des römischen Rechtes manche dieser sogen. poenae anerkannt. Die Particularrechte weichen im Einzelnen von einander ab, fordern aber meistens zur Sicherstellung des Vermögens der Kinder erster Ehe eine Abschichtung, und zu dem Behufe die Errichtung eines Inventars [438]). Die Beobachtung des Trauerjahres ist ebenfalls vorgeschrieben, und für Frauen gewöhnlich auf 9 Monate, für Männer auf 12 oder 6 Wochen bestimmt, wovon jedoch in dringenden Fällen dispensirt werden kann [439]). Die Verletzung des

---

432) Grimm, teutsche Rechtsalterth., S. 451.

433) Auf Inschriften daher die Auszeichnung: univira, uninupta.

434) S. Cod. Iustin. de secundis nuptiis. (5. 9.) Nov. 2. 22. cap. 22—48. — Marezoll, von den Nachtheilen der zweiten Ehe; in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 5, H. 3, Nr. 23, S. 363 flg. u. a.

435) Nov. 22. c. 43. 44.

436) S. besonders Nov. 22. c. 22. 40. Nov 39. c. 2. u. a. Vergl. Löhr, im civilist. Magazin, Bd. 3, Nr. 16, S. 11.

437) S. Mittermaier, teutsches Privatrecht, §. 413.

438) S. Mittermaier a. a. O. Anm. 15. Vgl. allg. L.-R., Th. 2, Tit. 1, §. 17 flg., §. 472 flg.; Th. 2, Tit. 2, §. 187, 188.

439) S. z. B. allg. L.-R., Th. 2, Tit. 1, §. 20 flg.; badische Verordn. vom 15. Juli 1807 (Reg.-Blatt Nr. 27); hannöversche Verordn. vom 31. Dec. 1825, u. a. m.

Trauerjahres begründet nach gemeinem Rechte wenigstens nicht mehr die Strafe der Infamie, da das canonische Recht dieselbe ausdrücklich abgeschafft hat [440]), wenn gleich andere Nachtheile, die in den Landesgesetzen abweichend bestimmt sind [441]).

In der Kirche hat man von jeher zweite Ehen gemißbilligt, doch erlaubt die heilige Schrift dieselben [442]), und so sind sie üblich geblieben, wenn gleich der Rath des Apostels [443]), die Verordnung für die Gemeindevorsteher [444]) und die christliche Ansicht vom Wittwenstande überhaupt [445]) die Unterlassung der Wiederverheurathung als vorzüglicher erscheinen ließ [446]). Schon im vierten Jahrhundert ward bestimmt, es sollten die zur zweiten Ehe Schreitenden vorher Buße thun [447]). Praktisch ist dabei nur geworden, daß bigami nicht ordinirt werden sollen [448]), da für sie eine Irregularität propter defectum bonorum animi vorhanden ist. Auch wird die zweite Ehe nicht vollständig benedicirt [449]), wovon der Grund darin liegt, daß man den Segen der ersten Ehe als fortwirkend betrachtet, was sich besonders auf die Frau bezieht, daher bei der Ehe eines Wittwers mit einer noch nicht verheurathet gewesenen Person dieser Segen nicht ausgeschlossen zu sein pflegt [450]).

Besonderen Schwierigkeiten unterliegt die zweite Ehe geschiedener Personen. Nach katholischen Grundsätzen ist eine solche durchaus unzulässig, da die Scheidung das Eheband nicht auflöst. Dasselbe kann nach evangelischem Rechte nicht behauptet werden, doch hat sich hin und wieder in der evangelischen Kirche der Wunsch geäußert, bei der Wie-

---

440) C. 4. 5. X. de secundis nuptiis. (4. 21.) Vergl. Haenel, dissensiones dominorum, p. 433.

441) So soll in Sachsen eine Wittwe, die sich im Trauerjahr schwängern läßt, 6 Wochen Gefängniß dulden, und wenn sie den Schwängerer heurathet, außer den Dispensationskosten für das Trauerjahr noch 5 Thlr. erlegen. In Hannover ist eine Geldbuße von 10—100 Thlrn. oder 6 Wochen Gefängniß verordnet, u. a. m. — Ob die übrigen gemeinrechtlichen Strafen noch zulässig seien, ist bestritten. S. z. B. Mackelbey, Lehrbuch des heut. röm. Rechtes, §. 400, und dagegen: Guyet, Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechtes (Heidelberg 1829, 8.), S. 185, 186.

442) S. Römer 7, 2. u. 3.; 1. Corinther 7, 39.

443) 1. Corinther 7, 40.

444) 1. Timoth. 3, 2. u. 12., vergl. 5, 9.

445) 1. Timoth. 5, 3. flg.

446) S. Tertull. de exhortat. ad castitatem, cap. 7 u. a. S. Neander, Antignosticus Geist des Tertullian, S. 244, 255.

447) C. 8—12. C. XXXI. qu. I.

448) Tit. X. I. 21. in VI. I. 12. de bigamis non ordinandis. Früher durften solche Personen nicht zu höheren Ordines befördert werden. S. Nov. 6. cap. 1. §. 3. Nov. 22. cap. 42. —

449) S. Capitularia lib. V. c. 130. 408. C. 1. 3. X. de secundis nuptiis. (4. 21.)

450) S. z. B. das Instructionale Bambergense bei Stapf, Pastoralunterricht, S. 419. Vergl. Uihlein, über das Verbot der Einsegnung der zweiten Ehe in der katholischen Kirche; in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 10, H. 1, Nr. 4. Berg, über die Erforderlichkeit der priesterl. Einsegung (Breslau 1836, 8.), St. 32 flg. S. auch den Anmerk. 452 cit. Gründler.

derverheurathung von Personen, die nicht nach den Scheidungsursachen der heiligen Schrift getrennt worden, wenigstens die feierliche Einsegnung fortzulassen [451]). Auch darüber ist gezweifelt worden, ob bei geschiedenen Gatten, die sich wieder vereinigen, die Copulation zu wiederholen sei? Nach evangelischem Rechte scheint diese aber allerdings nothwendig, da ein Scheidungsurtheil in Rechtskraft übergeht, geschiedene Personen also schlechthin aufgehört haben, in persönlicher Verbindung zu stehen [452]).

8) Eheprozeß.

Das Verfahren in Ehesachen ist im Allgemeinen ein summarisches, welches nach den Vorschriften des Prozesses der geistlichen Gerichte und den besonderen durch die Natur des ehelichen Verhältnisses gebotenen Bedingungen modificirt wird. Die nähere Ausführung ist daher theils in dem Art. Prozeß, theils in dem Art. geistliche Gerichtsbarkeit mitzutheilen.

H. F. Jacobson.

**Ehebruch** (adulterium, in der lex Iulia abwechselnd mit dem Ausdruck stuprum bezeichnet), als die fleischliche Vermischung einer verheuratheten Person mit einer dritten, mit welcher sie nicht verheurathet ist, wurde von den Römern hauptsächlich [1]) aus dem Gesichtspunkte der Privatverletzung, als Kränkung des Ehemannes an seinen Vermögensrechten, wie an seiner Ehre betrachtet. Da die Verletzung des ius thori und der metus suppositi partus gemeinsam den wesentlichen Grund für die Strafbarkeit des Ehebruches abgaben [2]), so folgte hieraus mit Nothwendigkeit, daß nur die Frau auch mit einer ledigen Mannsperson eines Ehebruches sich schuldig machen, der Mann aber durch den Beischlaf mit einer Unverheuratheten nur ein einfaches Stuprum begehen konnte, welches neben der eigenthümlichen Strafe der Schwächung nur in gewissen Fällen besondere Privatbußen nach sich zog [3]). Es erklärt sich ferner hieraus, warum Constantin außer dem Ehegatten nur die nächsten Verwandten zur Klage zuließ, und warum die mit dem Adulterium verknüpften Vermögensstrafen in dem Falle, wo die Frau der schuldige Theil gewesen, theilweise dem Manne zu Gute kamen, während die Ehefrau im umgekehrten Falle mit der donatio propter nuptias, oder de-

---

451) S. die Literater hierüber nebst meiner Beurtheilung in Richter's u. Schrader's krit. Jahrbüchern für teutsche Rechtswissenschaft, 1839, Bd. 6, S. 1016 flg.

452) S. Gründler, rechtliche Entscheidung der Frage: ob die Trauung bei geschiedenen, aber sich wieder vereinigenden Ehegatten nothwendig sei? in der allgem. Kirchenzeit., 1836, August, Nr. 135. — In den Particularrechten wird die Wiederholung der Trauung meistens gefordert. M. s. z. B. preuß. Min.-Rescript vom 23. Jan. 1832 (v. Kamptz, Jahrbücher, H. 77, S. 132, 133).

1) Es ist nämlich zu unterscheiden zwischen dem politischen Zwecke und dem Rechtsgrunde eines Gesetzes. Keineswegs soll mit dem Obigen gesagt werden, daß die lex Iulia ohne politische Tendenz gewesen sei.

2) L. 30. C. ad leg. Iul. de adult. (9. 9.)

3) L. 1. u. 18. C. h. t. Nov. 117. c. 9. §. 5. Burchardi, im neuen Archiv für Cr.-R., Bd. 8, S. 214—229.

ren gesetzlichem Surrogat sich begnügen mußte [4]). Das canonische Recht sah in dem Ehebruche vor Allem die Sünde des verletzten Sacramentes, die Vernachlässigung der durch die Kirche geheiligten ehelichen Pflichten. Da diese dem Manne in gleicher Maße obliegen, als der Gattin, so mußte das canonische Recht, nach christlich-religiösen Principien und gestützt auf die Lehren der Kirchenväter [5]), die römische Distinction zwischen dem von der Frau und dem vom Manne begangenen außerehelichen Beischlaf verwerfend, Beides für Ehebruch erklären, mochte der letztere mit einem verheuratheten oder ledigen Frauenzimmer sich vergangen haben. Die Teutschen haben schon in den ältesten Zeiten die Keuschheit hoch in Ehren gehalten, den Ehebruch, als ein niedriges Verbrechen, hart verpönt [6]). Die christliche Kirche konnte diese Ansicht nur bestärken und heiligen, und so war es im historischen Entwickelungsgange mit Nothwendigkeit gegeben, daß die durch ein sittliches Gefühl geweckten, durch die Bibel geläuterten und durch das canonische Recht juristisch verarbeiteten Ansichten Karl's peinlicher Halsgerichtsordnung zu Grunde gelegt wurden. Sonach versteht man nach teutschem und canonischem Rechte unter Ehebruch die wissentliche Verletzung einer Ehe durch fleischliche Vermischung des Ehemannes oder der Ehefrau mit einer dritten Person. Ob diese Verletzung ein Rechtsverbrechen enthalte, ist von den meisten Aelteren und einigen Neueren, z. B. Grolman und Tittmann, bezweifelt worden, welche dieselbe den polizeilichen Fleischesverbrechen beizählen. Wenn es aber unbestritten ist, daß der Ehebruch eine meist irreparable Kränkung der wichtigsten Gattenrechte enthält, daß derselbe eine Verbindung bricht, welche durch Kirche und Staat ihre unmittelbare Sanction erhalten, das Glück der Familien untergräbt und die wichtigsten Interessen des Staates gefährdet, so wird hiermit das Adulterium nicht nur als eine an sich immoralische Handlung, sondern als eigentliches Rechtsverbrechen charakterisirt, mag es im System seine Stellung, wie Feuerbach und Dabelow wollen, unter den strafbaren Vertragsverletzungen, oder nach Martin unter den gemischten Staats- und Privatverbrechen einnehmen. So stehen wir auf derselben Basis, als das römische Recht, und gewinnen hierzu noch die Beziehungen auf ein sittlich-religiöses Princip und das Interesse des Staates. Es ergeben sich hieraus Modificationen für den Thatbestand des Verbrechens, theils beschränkend, theils erweitend. Es wird nämlich für den Thatbestand des Ehebruches Folgendes erfordert.

1) Das Vorhandensein einer Ehe, welche durch den Ehebruch verletzt wird. Die Römer hingegen sehen auch den durch eine Braut begangenen Beischlaf mit einer dritten Person für ein Adulterium an, und strafen denselben als solches [7]). So sehr man die Wahrheit dieser Behauptung bezweifelt, und namentlich mit den Waffen der Interpretation hat bekämpfen wollen, so ist dieselbe doch theils in den citirten Stellen,

---

4) Paullus, sent. recept. II. 26. §. 14.

5) J. H. Böhmer, ius ecclesiast. Prot., lib. V. tit. 16. §. 16 sq.

6) Heineccius, elem. iur. germ. II. 24. §. 148 sq. Böhmer, ad art. 120. C. C. C.

7) L. 13. §. 2. 3 u. 8. D. ad leg. Iul. de adult. (48. 5.)

insbesondere aber in der L. 7. C. ad leg. Iul. de adult. vollkommen gerechtfertigt. Auch findet nach römischen Ansichten der Grund für die Strafansprüche beim Ehebruche consequenter Weise wenigstens zum Theil auch auf den Beischlaf der Braut mit einem Dritten seine Anwendung. Hier wie dort liegt der Grund in der Gefährdung der Familienrechte durch untergeschobene Kinder. Anders nach teutschem und canonischem Rechte, welches zur Existenz der Ehe die formelle Sanction des Staates und der Kirche wesentlich erfordert. Hier kann vor Ertheilung dieser Sanction von keinem ehelichen Rechte, somit von keinem Ehebruche die Rede sein. Aeltere Criminalisten bezeichnen die Untreue der Braut mit dem Ausdruck quasi-adulterium [8]). Nach Trennung der Ehe ist, wie sich von selbst versteht, von keinem Ehebruche zwischen den geschiedenen Gatten und dritten unverheuratheten Personen mehr die Rede. Jedoch enthält die sogenannte Trennung von Tisch und Bett keine eigentliche Aufhebung der Ehe. — 2) Der Thatbestand des Ehebruches erfordert das Vorhandensein einer giltigen Ehe [9]), während die Römer denselben auch bei einer Putativehe für denkbar hielten. Auch diese Behauptung ist vielfach in Abrede gestellt worden, wobei man jedoch die sehr bezeichnende L. 13. §. 4. D. h. t. unbeachtet ließ. Diese Differenz muß eben so wie die vorige auf die Verschiedenheit der Basis des römischen und des canonisch-teutschen Rechtes zurückgeführt werden. Ersteres gab dem in gutem Glauben befindlichen putativen Ehegatten völlig die privatrechtliche Stellung eines wirklichen, und da mit dem privatrechtlichen Verhältnisse der Eheleute ihre gegenseitige Stellung abgeschlossen war, so konnte dem verletzten putativen Gatten seine Klage nicht abgesprochen werden. Das canonische Recht hingegen ließ die privatrechtlichen Verhältnisse putativer Eheleute zwar, wie billig, unangetastet, konnte aber eine rechtlich ungiltige Ehe überhaupt als Ehe nicht anerkennen, weil eine Sanction derselben undenkbar ist, und hiermit mußten alle weiteren Folgen eines solchen Verhältnisses hinwegfallen. Die Untreue eines putativen Ehegatten enthält demnach nur den Conat des Ehebruches, und hierin liegt ein weiterer Grund dafür, daß nach römischem Rechte Putativgatten eines Ehebruches sich schuldig machen konnten, indem nach römischen Ansichten über die Strafbarkeit des Versuches derselbe mit dem consummirten Verbrechen auf einer Stufe stand [10]). Ob mit einer als Hure lebenden Ehefrau ein Ehebruch begangen werden könne, ist eine sehr verschieden beantwortete Frage [11]). Die Frau anlangend, so leidet es wohl keinen Zweifel, daß ihr Verbrechen durch Wiederholung nicht zu einem leichteren, Adulterium nicht zu einfachem Stuprum werden kann; bei dem Concumbenten jedoch ist zunächst auf dessen guten oder bösen Glauben zu sehen [12]). —

---

8) Andere verstehen darunter den culposen Ehebruch. Ob es einen solchen gebe, davon unten.

9) Art. 178 der P. G. O.

10) Wächter, Lehrbuch des Cr.-Rechtes, Th. 2, §. 211, N. 47.

11) Wächter a. a. O.

12) Böhmer ad Carpz. qu. 57. obs. 1. — Eiusd. med. in C. C. C. ad art. 120. §. 15.

3) Zu dem Thatbeſtande des Ehebruches wird ferner erfordert, die fleiſchliche Vermiſchung mit einer anderen Perſon als dem Ehegatten. Was zur Conſummation des Beiſchlafes gehöre, iſt beſtritten. Die Aelteren, namentlich Quiſtorp, Carpzov, Leyſer, und unter den Neueren Feuerbach [13]), fordern seminis immissio, weil erſt durch die Vermiſchung des Samens der thorus coniugalis verletzt und die suppositio falsi partus möglich werde. Dieß würde ſelbſt für das römiſche Recht nur theilweiſe richtig ſein, indem die Entweihung des Ehebettes wohl ſchon mit einem früheren Moment eingetreten ſein dürfte. Tittmann [14]) und Salchow [15]) verlangen seminis emissio, und zwar Erſterer bei beiden Concumbenten, Letzterer nur beim Manne. Als Grund führen ſie die dann erſt eingetretene Befriedigung des Geſchlechtstriebes an, worauf es jedoch bei dieſem Verbrechen im Weſentlichen nicht ankommen kann. Schon unter den Aelteren bezweifelten Matthäus [16]) und Böhmer [17]) die Nothwendigkeit der im- oder emissio seminis und hielten den Ehebruch ſchon durch die Vereinigung der Geſchlechtstheile für conſummirt. Dieſer Meinung ſind unter den Neueren namentlich Roßhirt [18]), Martin [19]) und Wächter [20]), welchen um deswillen beizupflichten iſt, weil die Vereinigung der Geſchlechtstheile als der Endpunkt der verbrecheriſchen Handlung angeſehen werden muß, der Ausfluß des Samens dagegen, als nicht mehr in der Willkür des Handelnden liegend, ſchon zum Erfolge gehört, welcher nur in den geſetzlich beſtimmten Fällen zur Conſummation eines Delictes erforderlich iſt. Den Begriff der Vollendung des Verbrechens in der erwähnten Maße einzuſchränken, würde übrigens theils den Beweis der Vollendung in den meiſten Fällen unmöglich machen, theils dem Sprachgebrauche aller Quellen des gemeinen Rechtes zuwiderlaufen [21]), wie es auch die neueren Legislationen gegen ſich hat [22]). Sonſtiger Gebrauch des Körpers zu naturwidriger Befriedigung des Geſchlechtstriebes gehört nicht zum Ehebruch. — 4) Zu dem ſubjectiven Thatbeſtande des Ehebruches wird dolus der Concumbenten erfordert, alſo die Ueberzeugung, daß man ſelbſt, oder daß der andere Concumbent die Pflicht der ehelichen Treue verletze. Tittmann [23]) und Andere (unter ihnen früher auch Feuerbach, der aber in der 10. Ausgabe des Lehrbuches, §. 377, Note b, ſeine damalige Behauptung widerruft) ſprechen von einem culpoſen Ehebruche und berufen ſich hierfür auf Nov. 117. cap. 11. Dieſe Novelle ſpricht jedoch

13) Lehrbuch des p. R., §. 376.
14) Handbuch, Th. 2, §. 576.
15) Lehrbuch (3. Ausg.), §. 294.
16) De crim. ad lib. 48. tit. 3. cap. 2. nr. 10.
17) Ad Carpz. qu. 61. obs. 1. u. med. ad art. 120. §. 5.
18) Lehrb. §. 203.
19) Lehrb. §. 293.
20) Lehrb. Th. 2, §. 211, Nr. 55.
21) Martin, Lehrbuch (2. Ausg.), §. 275.
22) Bayerſches Strafgeſetzbuch, Th. 1, Art. 186 a. E., und würtembergiſches Strafgeſetzbuch, Art. 307.
23) Handbuch, §. 577.

(Henke in seinen criminalist. Verf., S. 171 flg.), von einem singulären Falle, wo es überdieß nur heißt: veluti adulteri puniantur, während andere Gesetzesstellen die Möglichkeit eines culposen Ehebruches auf das Entschiedenste verwerfen [24]). Die Carolina läßt die Frage unerörtert, und es bleibt daher das subsidiäre römische Recht in Kraft. — Daß von der römischen Distinction zwischen dem concumbirenden Manne und der ehebrecherischen Frau nach teutschem und canonischem Rechte keine Rede mehr sei, daß vielmehr beide durch jeden außerehelichen Beischlaf eines Ehebruches sich schuldig machen, wurde oben schon bemerkt. Hier ist noch die Frage zu erörtern, ob auch der unverheurathete Concumbent als adulter zu betrachten sei? Nach römischem Rechte leidet die Bejahung dieser Frage schon um deswillen keinen Zweifel, weil der Rechtsgrund für die Bestrafung des Ehebrechers in der Gefährdung und Beeinträchtigung der Rechte eines Dritten liegt, somit von den persönlichen Verhältnissen des Delinquirenden nicht abhängig gemacht werden kann. Nicht weniger nennt die Carolina [25]) jeden Concumbenten einer fremden Ehefrau „Ehebrecher" und will es „gleicherweiß" mit dem Ehemanne gehalten wissen, welcher mit einer dritten Person den Beischlaf vollzieht. Nichtsdestoweniger meint Tittmann im §. 575 seines Handbuches, die ledige concumbirende Person sei keines Ehebruches, sondern nach Umständen einer Schwächung, Hurerei, oder Concubinats schuldig, indem der Art. 120 wohl von einer Klage gegen den unverheuratheten Theil spreche, nicht aber ihn als adulter bestrafe. Diese Ansicht steht mit dem deutlichen Wortlaut der P. G. O., wie mit den Aussprüchen des römischen Rechtes in offenbarem Widerspruche, wie denn auch Tittmann a. a. O. selbst eingesteht, daß er den allgemeinen Gerichtsgebrauch gegen sich habe. Auch liegt es schon in der Natur der Sache, daß beide Concumbenten als Miturheber des Verbrechens zu betrachten sind: denn wie der verheurathete Theil seine Vertragspflicht verletzt, so erlaubt der ledige sich einen widerrechtlichen Eingriff in die Rechtssphäre des beleidigten Ehegatten. Beide entweihen und brechen das durch Staat und Kirche geheiligte Band, handeln wider ein, durch die Legislation zur Rechtspflicht erhobenes, sittlich-religiöses Gebot. Die Einwilligung des einen oder anderen Theiles zu dem, vom anderen Ehegatten mit einer dritten Person zu vollziehenden Beischlaf macht diesen nicht straflos, oder minder strafbar, und den Einwilligenden unter Umständen des Verbrechens der Kuppelei schuldig. Daß die Strafbarkeit des ehebrecherischen Gatten durch die Einwilligung des anderen Theiles verringert werde, hat Tittmann [26]) behauptet, weil der Ehebruch eine Verletzung der ehelichen Treue sei, nach ertheilter Erlaubniß zum Beischlaf mit einer dritten Person aber von einer Verletzung der ehelichen Treue nicht mehr die Rede sein könne. Abgesehen auch davon, daß die in der Einwilligung liegende Uebereinkunft, als contra bonos mores, ohne rechtliche Wirksamkeit sein würde, so kann dieselbe schon

24) L. 12. u. 43. D. h. t.
25) P. G. O. Art. 120.
26) Handb., §. 577 a. E.

Digitized by Google

um deswillen in der Strafbarkeit des Verbrechens nichts ändern, weil bei demſelben noch andere, als rein privatrechtliche Intereſſen in Frage kommen, welche das volenti non fit iniuria ausſchließen. — Der Ehebruch iſt entweder ein einfacher (adulterium simplex), wenn nur der eine Theil, — oder ein doppelter (duplicatum, Oberhurerei), wenn auch der andere Theil verheurathet war. Außerdem ſpricht man noch von einem adulterium attentatum und praesumtum und einem quasi-adulterium. — Spätere Reichsgeſetze, namentlich die Reichspolizeiordnungen von 1548, Tit. 25, und die von 1577, Tit. 26, heben eine einzelne Gattung des Ehebruches, den ſogen. öffentlichen, beſonders heraus, welchen ſie dahin charakteriſiren, daß verheurathete Leute ſich eigenmächtig von einander trennen, und anderen „leichtfertigen" Perſonen dergeſtalt beiwohnen, daß daraus ein öffentliches Aergerniß und das Gerücht eines ehebrecheriſchen Zuſammenlebens entſteht. Manche[27]) nennen dieß ungebührliche Zuſammenwohnen den präſumtiven Ehebruch. — Ueber die Strafe des Ehebruches iſt ſowohl hinſichtlich der hiſtoriſchen Entwickelung der dahin zielenden Beſtimmungen, als auch rückſichtlich des Sinnes der zur Zeit noch anwendbaren Vorſchriften vielfach geſtritten worden. Die lex Iulia de adulteriis s. de stupris, auch lex pudicitia genannt, belegte den Ehebruch[28]) mit der Strafe der Relegation, Verluſt der halben Dos und eines Dritttheiles des Vermögens für die Frau, des halben Vermögens für den ehebrecheriſchen Mann[29]). Welcher Kaiſer zuerſt die Todesſtrafe eingeführt habe, iſt beſtritten. Wahrſcheinlich war es Conſtantin[30]). Nach Juſtinian traf den Mann die Strafe des Schwertes, das ehebrecheriſche Weib Geißelung und Verſtoßung in ein Kloſter, woraus der Ehemann ſie innerhalb zwei Jahren wieder zurücknehmen konnte. Der adulter verliert ſein Vermögen zum Vortheil der De- und Aſcendenten der erſten drei Grade, und wenn dieſe fehlen, zum Vortheil des Fiscus. War der Ehebrecher verheurathet, ſo behält die Frau außer der Dos die donatio pr. nupt., und ſubſidiär ein Viertheil vom Vermögen des Mannes, jedoch, wenn Kinder da ſind, nur als Nutznießerin[31]). Die ehebrecheriſche Ehefrau verliert nach Nov. 117. c. 8. §. 2. die dos, und außerdem von ihrem übrigen Vermögen ſo viel, als ein Dritttheil der dos beträgt, an den Mann, welcher jedoch nur dann voller Eigenthümer wird, wenn keine Kinder exiſtiren. Dieſe Privatſtrafen ſind durch die Strafbeſtimmungen der Nov. 134. c. 10, nach welcher das ganze übrige Vermögen, mit Ausnahme von zwei Dritttheilen für etwaige Kinder und, falls

---

27) Martin, Lehrb. (2. Ausg.), §. 289 a. E., u. §. 290.

28) Viele, z. B. Carpzov und Schubert (probl. hist. iur. an ex l. Iul. Augusti poena adult. fuerit mortis), behaupten, die lex Iulia habe für den Ehebruch die Todesſtrafe feſtgeſetzt, was jedoch mit L. 5. D. de quaest. (48. 17.) L. 2. §. 3. D. de his, qui not. (3. 2.) L. 18. D. de test. (22. 5.) L. 29. §. 1. D. h. t. und L. 17. C. h. t. in offenbarem Widerſpruch ſteht. Man vergl. auch Wächter, Lehrb., Th. 2, S. 431 flg.

29) Paullus, sent. rec. II. 26. §. 14.

30) Nov. 134. c. 10.

31) Nov. 117. c. 8. §. 2. Nov. 134. c. 10.

dieſe fehlen, von einem Dritttheil für die Aſcendenten, an ein Kloſter fallen ſoll, nicht als aufgehoben zu betrachten [32]). Unter dieſen Vermögensſtrafen ſind die eigentlichen Privatbußen von den criminellen Vermögensconfiscationen, auf welche der Fiscus nur zu Gunſten der nächſten Verwandten verzichtet hat, zu unterſcheiden. Letztere müſſen hinwegfallen, ſobald die Criminalſtrafe des Ehebruches ohne Wiederholung jener Beſtimmungen ſich verändert, wie es in der Praxis längſt der Fall geweſen iſt. Zu den Privatbußen gehören die dos, pr. nupt. donatio und deren geſetzliches Surrogat. — Nach der Carolina „ſollen der ehebrecher ſampt der ehebrecherin nach ſage unſer vorfarn und unſer Keyſerlichen rechten geſtrafft werden.“ Man [33]) hat dieſe Beſtimmung der P. G. O. nicht auf das römiſche Recht, ſondern auf die in Teutſchland herrſchend geweſenen Gewohnheiten, wie ſie in der Bambergenſis und Tengler's Laienſpiegel ꝛc. aufgezeichnet ſind, beziehen wollen, da vor und nach der Carolina durch andere Reichsgeſetze eine mildere Strafe feſtgeſetzt worden ſei. Man berief ſich hierfür, außer auf die oben genannten Rechtsbücher, insbeſondere auf die R. P. O. v. J. 1530, Tit. 33, welche der Carolina vorausging, und deren Beſtimmungen in der R. P. O. v. J. 1548, Tit. 25, und der v. J. 1577, Tit. 26, alſo nach der Carolina, eine energiſche Beſtätigung gefunden hätten, ſo daß man, wollte man den Art. 120 auf das römiſche Recht beziehen, annehmen müſſe, die Legislation habe im Jahre 1530 vom römiſchen Rechte ſich entfernt, ſei im Jahre 1533 zu demſelben zurückgekehrt und 1548 wieder abgewichen [34]). Man hat bei dieſer Argumentation jedoch überſehen, daß die milderen Strafbeſtimmungen in den citirten drei Polizeiordnungen auf die oben erwähnte beſondere Gattung des Adulteriums, den ſogen. öffentlichen Ehebruch ſich beziehen. Hier beſteht das Strafwürdige in den beſonderen, zum öffentlichen Aergerniß dienenden Nebenumſtänden, die den wirklich begangenen Ehebruch nur wahrſcheinlich machen. Die Carolina hingegen hat den erwieſenen Ehebruch im Auge, und muß nach der Natur der Sache eine härtere Strafdrohung enthalten, als jene Polizeiordnungen [35]). Letztere ſind daher in keiner Weiſe correctoriſch für die Carolina, vielmehr einzig auf den polizeilichen Geſichtspunkt des öffentlichen Scandals gerichtet, unabhängig von der Beſtrafung des Ehebruches ſelbſt [36]). Hierzu kommt ferner, daß die R. P. O. von 1530 rückſichtlich des wirklichen Ehebruches im Weſentlichen die gleichen Beſtimmungen enthält, als die Carolina, ſo daß, wollte man in den ſpäteren Polizeiordnungen correctoriſche Verordnungen für die P. G. O. erblicken, ein höchſt ſonderbarer Entwickelungsgang ſich herausſtellen würde, indem dann durch die R. P. O. von 1530 das römiſche Recht, durch die Carolina die Beſtimmung der R. P. O., und durch die R. P. O. von 1548 wieder

32) Burchardi, im neuen Archiv, Bd. 8, S. 228. Feuerbach, §. 379, N. c. Wächter, Th. 2, S. 434.
33) Z. B. Grolman, Bibliothek für p. R.-W., Th. 1, St. 2, S. 234.
34) Linde, im n. Arch., Bd. 7, S. 287 flg.
35) Martin, §. 289 a. E.
36) Sommer, rechtswiſſenſchaftl. Abhandl., S. 224 flg.

die Bestimmung der Carolina aufgehoben würde. Schließlich ist hier noch einer Bemerkung Koch's zu gedenken, welcher in seinen instit. iur. crim. §. 130. n. 3. darauf aufmerksam macht, wie ganz anders die Carolina sich ausdrücke, wenn sie auf teutsche Gewohnheiten sich beziehe (z. B. Art. 137, 167, 168), als im vorliegenden Falle, dessen Ausdrucksweise mit der in den Art. 104, 117, 118, 126, wo sie offenbar auf römisches Recht verweise, völlig conform sei. Hieraus ergibt sich, daß die Carolina die Strafbestimmungen des römischen Rechtes im Art. 120 habe bestätigen wollen. Die gemeinrechtliche Strafe des Ehebruches ist demnach, abgesehen von den in der Praxis schon längst nicht mehr angewendeten Vermögensstrafen, die Strafe des Schwertes für den männlichen Verbrecher, für die Ehebrecherin hingegen körperliche Züchtigung und lebenslängliche Einsperrung in ein Kloster, wenn der beleidigte Ehemann sie nicht binnen zwei Jahren daraus zurücknimmt. Da Letzteres bei protestantischen Verbrecherinnen keine Anwendung findet, so ist eine verhältnißmäßige Freiheitsstrafe zu substituiren, keinenfalls aber Zuchthaus, welches mit dem Kloster nicht verglichen werden kann. Aeltere Landesgesetze drohen mit Landesverweisung [37]). Da jedoch durch die römischen Gesetze eine Strafdrohung nur für den Ehebrecher und die untreue Gattin gegeben war, nicht aber für die unverheurathete Ehebrecherin, so mußte die Carolina diese Lücke ergänzen, was in den Worten: „Item daß es auch gleicherweiß in dem fall, so eyn eheweib jren Mann, oder die person, damit der ehebruch vollbracht hett, beklagen will, gehalten werden soll," so deutlich geschehen ist, daß die Meinung derjenigen, welche die ledige Concumbentin nicht als Ehebrecherin angesehen und bestraft wissen wollen, sich von selbst als unhaltbar herausstellt. Für den öffentlichen Ehebruch ist durch die erwähnten R. P. OO. eine arbiträre Strafe an Leib und Gut angeordnet, welche die Praxis auch bald der gemeinrechtlichen Strafe des wahrhaften Ehebruches substituirte [38]), ohne daß jedoch die Privatstrafen zum Besten des beleidigten Gatten hiermit als aufgehoben zu betrachten wären [39]). Doch sind in den meisten Ländern mit der Zeit particularrechtliche Bestimmungen an die Stelle der älteren Praxis getreten [40]). — Bei der Frage, ob der Ehebruch von Amtswegen, oder nur auf Anklage, resp. Denunciation der nächsten Interessenten untersucht und bestraft werden müsse, ist es, den öffentlichen Ehebruch anlangend, außer Zweifel, daß die R. P. OO. dessen Ahndung ex officio bestimmt verordnet haben. Bei dem eigentlichen Ehebruch ist es bestritten. In dem älteren römischen Rechte war die accusatio adulterii zwar popularis, jedoch nur dann zulässig, wenn man zuvor den Mann der Kuppelei angeklagt hatte [41]).

37) Martin, §. 292.

38) Böhmer ad Carpz. qu. 53. obs. 1. — Koch, inst. §. 311. — Uebrigens macht das gemeine Recht in der Bestrafung keinen Unterschied zwischen dem einfachen und doppelten Ehebruch. Ueber das etwa anzuwendende Strafmaß s. man Feuerbach, §. 380.

39) X. 4. 20. de donat. i. vir. et uxor. cap. 4. — Böhmer l. c. qu. 64. obs. 1.

40) Meister, princ. iur. crim. §. 256.

41) L. 11. §. 10. L. 26. pr. D. h. t.

Daſſelbe Princip: ne volentibus temere liceat foedare connubia, im Auge habend, beſchränkte das neuere römiſche Recht das Anklagerecht auf den Ehemann und die nächſten Blutsverwandten der Ehebrecherin, Vater, Bruder und Oheim. Aus den Worten des Art. 120 der C. C. C., welcher rückſichtlich der Beſtrafung des Ehebruches auf das römiſche Recht verweiſt, hat man das accuſatoriſche Princip deſſelben in die Carolina herein argumentiren wollen. Da aber dem geſammten teutſchen Criminalverfahren eine andere Maxime, die inquiſitoriſche nämlich, zu Grunde liegt, ſo dürfte hinſichtlich der Prozeßform für einen ſpeciellen Fall ein unumſtößliches Reſultat aus den römiſchen Geſetzen nicht deducirt werden können, hier aber um ſo weniger, als die Berufung der Carolina auf das römiſche Recht ausdrücklich nur für die Strafe des Ehebruches, nicht aber für deſſen Unterſuchungsform ausgeſprochen iſt[42]). Aus dieſem und anderen Gründen[43]) wollen Manche, z. B. Böhmer, Grolman und Linde (man vergl. die Citate bei Wächter, Bd. 2, S. 449), gegen den Ehebruch ein Verfahren von Amtswegen eingeleitet wiſſen. Laſſen wir jedoch, wie billig, den politiſchen Standpunkt bei Seite, und halten uns an die Worte des Geſetzes, ſo finden wir in dem Ausdrucke der Carolina: „Item ſo eyn ehemann eynen andern umb des ehebruchs willen, den er mit ſeynem eheweib verbracht hat, peinlich beklagt ꝛc.," und „Item daß es auch gleicherweiß in dem fall, ſo eyn eheweib jren mann, oder die perſon, damit der ehebruch volebracht hett, beklagen will ꝛc.," ſicherlich nicht nur verba enunciativa, ſondern die deutliche Beſtimmung, daß bei dem wirklichen Ehebruch nur auf vorgängige Klage, und zwar — hierin liegt eine Beſchränkung des römiſchen Rechtes — allein des Ehemannes und der Ehefrau gegen den ehebrecheriſchen Theil vorgeſchritten werden ſolle. Denſelben Grundſatz haben auch die neueren Legislationen adoptirt[44]). — Rückſichtlich des Beweiſes beim Ehebruch ſtellten die Aeltern eigenthümliche Grundſätze auf[45]), und erforderten namentlich zur Beſtrafung das Eingeſtändniß beider Concumbenten. Heutzutage wird hierauf keine Rückſicht mehr genommen, ſondern der Ehebruch ganz nach allgemeinen Grundſätzen des Beweiſes in Criminalſachen behandelt[46]). — Es haben viele, beſonders ältere Strafrechtslehrer den Strafbeſtimmungen für den Ehebruch eine Reihe von Schärfungs- und Milderungsgründen beigefügt. Wo eine beſtimmte Strafe mit dem Verbrechen verknüpft iſt, kann natürlich weder von dem Einen noch

---

42) Linde, im neuen Archiv, Bd. 7, S. 285, 288.

43) Dieſe Gründe beziehen ſich meiſtens auf die Behauptung, daß der Art. 120 ſich auf teutſche Gewohnheiten und die R. P. O. v. J. 1530, nicht aber auf das römiſche Recht beziehe. Linde a. a. O. S. 299—302.

44) Z. B. die Geſetzgebungen Englands, Frankreichs und Rußlands. Preuß. Landrecht, Th. 2, Tit. 20, §. 1060, 1061. — Oeſterreich. Geſetzbuch über ſchwere Polizeiverbr., §. 248. — Bayer. Strafgeſetzbuch vom J. 1813, Art. 401. — Das Strafgeſetzbuch für Sachſen, §. 648. — Das Strafgeſetzbuch für Württemberg, Art. 305.

45) Bauer, de veritate criminis perpetrati in adulterio. Carpzov, qu. 60. Hierzu Böhmer.

46) Tittmann, §. 579 a. E.

dem Anderen die Rede sein, es wäre denn, daß das einzelne Strafgesetz dem Richter die Berücksichtigung erschwerender oder erleichternder Umstände ausdrücklich vorgeschrieben hätte [47]). In denjenigen Staaten hingegen, wo ein bestimmtes Strafgesetz die Stelle der, auf der Carolina basirenden Praxis noch nicht eingenommen hat, müssen bei der arbiträren Bestrafung des Ehebruches die allgemeinen Grundsätze der größeren oder geringeren Strafbarkeit des Verbrechens im einzelnen Falle berücksichtigt werden. Jedoch dürften die einzelnen, für den Ehebruch insbesondere aufgeführten Strafschärfungs- und Milderungsgründe theils nur die Concurrenz eines anderen Verbrechens enthalten, theils auf allgemeinen, bei allen Verbrechen anzuwendenden Principien beruhen, theils gänzlich aus der Luft gegriffen sein [48]). — Schließlich ist hier noch das Recht der Rache an dem auf der That ertappten Ehebrecher zu berühren. Nach der lex Iulia hatte der Vater der Ehebrecherin, wenn dieselbe noch in seiner hausväterlichen Gewalt stand, das Recht, den in seiner oder des Schwiegersohnes Wohnung auf dem Ehebruch betroffenen Ehebrecher zu tödten, wenn er auch seiner Tochter zugleich das Leben nahm. Dem Ehemann stand diese Befugniß nur zu, wenn der Concumbent sein oder seiner Familie Freigelassener, ein Sclave, infamis, ein Kuppler, Sänger, histrio, Gladiator ꝛc. (vilis persona) war. Die genannten Personen hatten unter den gegebenen Verhältnissen das Recht der Tödtung unbedingt und ohne Rücksicht auf das Vorhandensein eines heftigen Affectes [49]). Die Bambergensis, Art. 145, beschränkt dasselbe auf den höchsten Grad des Zornes. Gleichermaßen die Projecten der Carolina im Art. 120. Ob durch die P. G. O. das Recht der Tödtung aufgehoben sei oder nicht, ist bestritten. Die meisten Rechtslehrer sind für das Erste. Für das Letztere hat sich Feuerbach [50]) aus folgenden Gründen entschieden: 1) der Art. 142 der P. G. O., so wie Art. 150, rede unbedingt und erwähne des Affectes nicht als Entschuldigungsgrundes. 2) Durch das Hinweglassen der in der Bambergensis und den Projecten enthaltenen Beschränkung habe Karl seine Absicht, von den Grundsätzen derselben abweichen zu wollen, klar an den Tag gelegt. 3) Die Carolina verweise in den Worten: „wie die recht zulassen," auf das römische Recht. Gegen diese Ansicht bemerkt Wächter [51]), daß die Beziehung auf das römische Recht schon um deswillen als zweifelhaft erscheine, weil die Carolina die in jenem enthaltenen Beschränkungen dieses Rechtes, welche die Ausübung desselben in den meisten Fällen aufgehoben haben würde, weggelassen und

---

47) Wie dieß in manchen Strafgesetzbüchern beim doppelten Ehebruch der Fall ist. S. das für Württemberg Art. 305. Man vergl. auch preuß. Landrecht, Th. 2, Tit. 20, §. 1028.

48) Martin, §. 292 a. E. Feuerbach, §. 381. Wächter, Bd. 2, S. 444—447. Eine ausführliche Liste der gewöhnlichen Schärfungs- und Milderungsgründe s. m. bei Tittmann, §. 580—582; vergl. mit §. 568. Feuerbach a. a. O. N. a.

49) L. 20—23. L. 24. §. 3. L. 32. D. h. t. — L. 4. Cod. h. t.

50) Lehrb. §. 383, N. d.

51) Lehrb. Bd. 2, S. 462.

allem Anſcheine nach auf die Bambergenſis verwieſen habe. Allein auch abgeſehen von dieſen, durch Feuerbach beſtrittenen und immer zweifelhaft bleibenden Combinationen mit der Bambergenſis, findet ſich nichts in den Verordnungen der Carolina, was dem Vater und Gatten das Recht der Tödtung unbedingt einräumte. Der Art. 142 beſagt nämlich nur, daß im Fall der Mann oder Vater an dem auf der That ertappten Ehebrecher Gewalt ausübe, der Beweis der Nothwehr nicht von dieſen, ſondern vom Ankläger zu erbringen ſei. Dieſe Stelle, verglichen mit der Ueberſchrift des Artikels, ſetzt alſo voraus, daß der Ehebrecher zuerſt ſich Thätlichkeiten erlaubt, und der Mann oder Vater „gegen denſelben Uebelthatter tödtlich handlung, zwang oder gefengnuß, wie die recht zulaſſen" (d. h. innerhalb der Grenzen erlaubter Nothwehr) vorgenommen habe. Der Art. 150 erklärt diejenige Entleibung für entſchuldbar[52]), „die etwo auß unſtrefflichen urſachen beſchehen," und rechnet zu dieſen „unſtrefflichen urſachen" den Ehebruch, fügt aber noch hinzu: „ſo dieſelben urſachen recht und ordentlich gebraucht werden," wie es denn auch im Argument des Artikels heißt: „ſo darin ordentlicher weiß gehandelt wird." Offenbar liegt hierin eine Berufung auf die, in allgemeinen Rechtsprincipien gegründeten, Beſchränkungen dieſes Rechtes zur Tödtung. Daß der Geſetzgeber bei dieſen Worten theils den Affect, theils den ſogen. Nothſtand vor Augen gehabt habe, erhellt auch aus den übrigen in dem Artikel angeführten Fällen entſchuldbarer Tödtung. Das Reſultat dieſer Bemerkungen iſt demnach folgendes: der Mann und der Vater der Ehebrecherin ſind wegen der an dem auf der That betroffenen Concumbenten verübten Gewalt von dem Beweiſe der Nothwehr befreit, und haben außerdem eine beſondere Berückſichtigung der allgemeinen Entſchuldigungsgründe in Anſpruch zu nehmen. In der neueren Legislation fand dieſes ius singulare keine Berückſichtigung mehr. v. W.

**Ehevertrag** (im engeren Sinne, nicht in dem allgemeineren der Ehe ſelbſt, als Vertrag betrachtet), Brautlaufsbrief, Eheberathung, Eheberedung (hier nicht in dem Sinne von Tractaten über eine abzuſchließende Ehe), Ehebrief, Ehegeding, Ehepact (auch in der Mehrzahl von einem einzigen ſolchen Vertrage gebräuchlich), Ehereceß, Eheſtiftung (nicht in dem Sinne der Stiftung einer Ehe), Eheverſchreibung, Ehezarter oder Ehezärter[1]), die Gedinge, Heurathsbrief, Heurathsnotul, Heurathsverſchreibung, Heilech, Heilich, Hillich, Hillichsvorwarden[2]), Hinlich,

52) Gegen die deutlichen Worte der Ueberſchrift: „hernach werden etliche entleybung im gemeyn berührt, die auch entſchuldigung auf jn tragen ꝛc.", will Wächter a. a. O. mit Anderen aus der Carolina für den Todtſchläger abſolute Strafloſigkeit herleiten.

1) Von dem altteutſchen Worte Zarta oder Zarter (charta, Brief), Weſtenrieder, glossarium germanico—latinum s. v. Zarter.

2) Vergl. Mittermaier, Grundſätze des teutſchen Privatrechtes, §. 359, Note 1.

Hinlegsbrief (pactum s. instrumentum dotale s. nuptiale)[3]), bezeichnet die bei Gelegenheit einer Ehe errichteten Nebenverträge und dießfalls aufgesetzten Urkunden zu Bestimmung der außerwesentlichen, persönlichen, namentlich der Vermögensverhältnisse, Rechte und Pflichten der Ehegenossen gegen einander und in Beziehung auf die Kinder, sowohl während, als nach getrennter Ehe. So nach teutschem Rechte, wiewohl mit der Beschränkung, daß zwar alle Eheverträge über alle diese Gegenstände disponiren können, nicht aber müssen, daß dagegen alle Eheverträge nur die außerwesentlichen Bestimmungen der Ehe zum Gegenstande haben können, und eben deßhalb nur Nebenverträge neben dem Hauptvertrage der Ehe sind. Denn da die Ehe aufhört Ehe zu sein, sobald an ihrem Wesen etwas geändert wird, so kann dieses nicht Gegenstand eines Vertrages sein[4]).

Schon die Römer hatten dergleichen Verträge unter den so eben angeführten lateinischen, von ihnen ohne Unterschied[5]) gebrauchten Namen. Diese römischen Eheverträge aber betrafen in der Hauptsache die donatio propter nuptias und die dos, auch die Paraphernalien, nur nicht die gegenseitige Erfolge[6]), als Universalsuccession, wohl aber die Bestimmung, daß dos und donatio propter nuptias dem überlebenden Ehegatten auch nach dem Tode des anderen verbleiben sollten[7]). Sie konnten nur bei gesetzlichen Ehen, hier aber sowohl von den Verlobten, als von den beiderseitigen Eltern, jedoch von Ersteren zu jeder Zeit, von Letzteren, so wie von Fremden, wenn sie

---

3) Diese verschiedenen Benennungen s. vorzüglich bei Danz zu Runde, Bd. 6, §. 566, S. 169; Glück, Pandektencommentar, Th. 25, §. 1244, S. 334 flg.; Ersch' und Gruber'sche Encyclopädie, 1. Sect., Bd. 31, u. d. W. Ehe, S. 336.

4) Mit Ausschluß der nachstehend angezogenen Schriften und mit Ausschluß dessen, was in den gewöhnlichen Lehr- und Handbüchern über diesen Gegenstand angeführt ist, bietet uns die Literatur vorzüglich folgende Schriften in dieser Materie dar: Kohl, de pactis dotalibus. Lipsiae 1650. (Frcfrt. 1731.) Tabor, paratitla ad tit. D. de pact. dotal., in eiusd. operibus, tom. I. Thomasius, de pactis dotalibus. Hal. 1695. Willemberg, de pactis antenuptialibus. Gedan. 1727. J. H. Böhmer, de successione hereditaria coniugum ex pactis dotalibus (Halae 1734), in exercitat. ad pand. tom. IV. ex. 71. p. 667 sq. Balthasar, de praerogat. iur. germ. prae roman. in mater. pactor. dot. Gryphisw. 1739. Stryk, de successione ab intestato (Francof. a. V. 1733), diss. VIII. cap. V. de pactis inter coniuges. Pufendorf, observationes iuris universi. Francof. et Lips. 1744. (Hannov. 1779—1784.) tom. I. obs. 209. Kortholt, de pactis dotal. sec. ius comm. et statut. Francof., Giess. 1768. Dabelow, Handbuch des Pand.-Rechtes (Halle 1816—1818), Bd. 3, §. 283. Bopp, Mitteilungen aus den Materialien der Gesetzgebung und Rechtspflege des Großherzogthums Hessen-Darmstadt, Bd. 3, S. 127.

5) §. 13. J. de nupt. (1. 10.) §. 2. J. de hereditat. quae ab intest. defer. (3. 1.) L. 65. D. de iudic. (5. 1.) L. 48. D. soluto matrim. dos quemadm. pet. (24. 3.) L. 5. 10. 11. C. de naturalib. lib. (5. 27.) Nov. 74. cap. 4. §. 1. 2.

6) L. ult. D. de suis et legit. hered. (38. 16.) L. 5. C. de pactis conventis. (5. 14.) L. 3. C. de collationibus. (6. 20.)

7) L. 12. pr. L. 24. L. 26. pr. et §. 1. D. de pact. dot. (23. 4.) L. 6. u. 9. C. de pact. conventis. (5. 14.)

das Heurathsgut gaben, nicht anders als vor Schließung der Ehe, außerdem nur unter Zustimmung der Ehefrau [8]), geschlossen werden, und zwar blos durch den Consens der Contrahenten [9]), der auf jede Art, selbst nicht nothwendig durch Worte, wie z. B. bei Taubstummen [10]), zu erkennen gegeben werden durfte. Zum Beweise dieses Consenses dienten zwar die instrumenta dotalia, sie waren aber nicht unumgänglich dazu nöthig, um auf einen solchen Vertrag klagen zu können [11]). Auch wurde bei Wiedererneuerung einer Ehe der früher geschlossene Ehevertrag für stillschweigend bestätigt angenommen [12]). Der Inhalt der römischen Dotalverträge war theils nach den eben angegebenen, theils nach allgemeinen Grundsätzen bestimmt, in letzterer Hinsicht dahin, daß sie den guten Sitten, den beide Theile verpflichtenden, absolut gebietenden Gesetzen, den nach den persönlichen Verhältnissen der Ehegatten stattfindenden Forderungen der Billigkeit, und überhaupt dem Wesen der Ehe nicht entgegen sein, auch die Rechte dritter nicht einwilligender Personen nicht verletzen durften. Dem römischen Rechte besonders eigen sind die Vorschriften, daß jene Verträge den gesetzlichen Rechten des Mannes an der dos (s. den Art. Brautgabe, Bd. 2, S. 398 flg.), und dem Zwecke der Letzteren (z. B. so, daß diese dem Manne nutzlos wird) [13]), im Gegentheil aber auch den Rechten der Frau an ihrem Heurathsgute (z. B. so, daß dieses in Gefahr kommt, verloren zu werden, oder daß die Rückforderung desselben erschwert wird, wie durch die Verordnung, daß der Mann nur dolus prästiren soll [14])), nicht nachtheilig sein konnten. Den römischen Grundsätzen über Ungiltigkeit der Erbverträge entspricht es endlich, daß zwar in den Dotalverträgen Bestimmungen für den Fall der Ehescheidung erlaubt waren [15]), solche aber nicht auf den Fall der Trennung der Ehe durch den Tod angewendet werden konnten [16]). Die Bestimmungen über die Succession der Ehegatten in den Dotalverträgen waren auf dos und donatio propter nuptias beschränkt, durften keine Universalsuccession begründen und setzten Gleichheit des wechselseitig bedungenen lucrum voraus [17]).

Von viel größerem Umfange sind die teutschen Eheverträge. Schon sehr frühzeitig [18]) finden wir sie in Teutschland, oft mit großer Publicität, und vorzüglich zur Bezeichnung der feierlichen Ehe, im Gegensatze

---

8) L. 7. u. 20. §. 1. D. de pact. dotalibus. (23. 4.)
9) L. 1. pr. D. eod. L. 29. pr. D. de iure dotium. (23. 3.)
10) L. 73. D. eod. Vgl. auch c. 25. X. de sponsal. (4. 1.)
11) L. 4. in fine D. de fide instrument. (22. 4.)
12) L. 30. 31. 40. 64. D. de iure dot. (23. 3.)
13) L. 4. D. de pact. dotalibus. (23. 4.) (Hänsel) Bemerkungen und Excurse über Curtius, Handbuch, 1. Abth., §. 133, S. 236.
14) L. 6. D. de pact. dot. (23. 4.)
15) L. 3. D. eod. Hänsel a. a. O. §. 133.
16) Wir sind in dieser kurzen Abhandlung der auf die Theorie der teutschen Eheverträge, wie sie sich jetzt gestaltet haben, nicht einflußlosen Theorie der römischen Dotalverträge vorzüglich der Darstellung Glücks a. a. O. §. 1244 u. 1245, S. 330 flg. nachgegangen.
17) Hänsel a. a. O. §. 134, S. 237.
18) Doch noch nicht bei Tacitus. Vergl. Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgeschichte, Bd. 1 (Göttingen 1834), §. 19, Note f.

zum Concubinate[19]). Man pflegte sogar Ehen, die ohne Ehevertrag eingegangen wurden, mit dem besonderen Namen „gerönte oder gerenkte Ehen" zu belegen[20]) (neuerlich unverdingte Ehen, im Gegensatze von verdingten Ehen, d. h. solchen, die mit Gedinge eingegangen sind)[21]). Der Bräutigam durfte seiner Braut eine Morgengabe in Gold oder Mobilien, ja selbst, mit Einwilligung seiner nächsten Erben, in Eigenthum an Allodialgrundstücken oder in Nießbrauch an Eigen oder Lehen aussetzen, und er durfte dann, ohne der Ehefrau Zustimmung, jene Immobilien nicht veräußern; sie behielt sogar das in der Eheberedung ihr ausgesetzte Leibgeding, wenn auch der Mann sein Gut verwirkt hatte[22]). Wesentlich unterscheiden sie sich dadurch von den römischen Dotalverträgen, daß sie, neben den persönlichen und Vermögensverhältnissen beider Ehegatten gegen einander, vorzüglich die wechselseitige Erbfolge der Ehegatten zum Gegenstande haben[23]), und in dieser Beziehung vor Einführung des römischen Rechtes ganz unbestritten wie andere teutsche Erbverträge unwiderruflich waren. Erst nachher fingen die Romanisten an, die teutschen Erbverträge nach den Principien der römischen letzten Willensverordnungen zu beurtheilen[24]). Dieß führte vorzüglich zu der so viel bestrittenen[25]) Eintheilung der Eheverträge in einfache oder unwiderrufliche, und gemischte oder widerrufliche (pacta dotalia simplicia et mixta), indem man unter den ersteren solche versteht, die in Form eines Vertrages, und sonach als unwiderruflich, rein nach der Natur der Verträge zu beurtheilen sind, unter letzteren solche, die in Form eines letzten Willens aufgenommen sind, und daher von jenen Romanisten für widerruflich geachtet, und nach den römischen Grundsätzen über letzte Willensverordnungen beurtheilt wurden[26]). Denn sie meinten[27]), daß Niemand seinem Rechte auf Aenderung seines letzten Willens giltig entsagen könne, und sie suchten daher diese römischen Grundsätze mit denen der vorgefundenen teutschen Eheverträge dadurch zu vereinigen, daß sie für den Fall, wenn in einem Ehevertrage zugleich über die Successsion Bestimmungen getroffen waren, die Form der letzten Willensverordnungen dafür

---

19) Mittermaier a. a. O. §. 770.
20) Ebendas. Note 5.
21) Vgl. Danz a. a. O. §. 566.
22) Eichhorn a. a. O. Th. 2, §. 369; Th. 3, §. 429; Th. 4, §. 569.
23) Glück a. a. O. §. 1244 a. E., S. 336, und §. 1246, S. 374. — Runde, Grundsätze des teutschen Privatrechtes, §. 570.
24) Mittermaier und Glück a. a. O.
25) Grau, mixtura incongrua iur. romani et germ. in practicor. dist. pact. dot. in simpl. et mixta. Marburg. 1744. Hombergk a Vach, de orig. atque indole distinct. pact. dotal. in simplicia et mixta. Marburg. 1749. Wesel, de societ. connub. tract. II. cap. 1. Leyser, medit. ad pand. vol. V. spec. 308. med. 1 et 3. Buinink, error. pragm. circa dist. pact. dotal. in simpl. et mixta. Colon. (Francof.) 1770. Pauli, de divis. pact. dot. in simpl. et mixt. orig. etc. Vit. 1717 (1771). Runde, Grundsätze des teutschen Privatrechtes, §. 570; Danz dazu, Bd. 6, S. 181.
26) Mittermaier u. Glück a. a. O.
27) Vgl. Glück a. a. O. S. 375.

verlangten, dann aber auch die Widerruflichkeit dafür in Anspruch nahmen. So gewiß diese Ansicht irrthümlich war, da die teutschen Erbverträge zu ihrer Giltigkeit keine Testamentsform erheischen, aber auch unwiderruflich sind, so gewiß ist doch, bei den getheilten Ansichten wenigstens der älteren Rechtslehrer darüber, die Vermeidung aller Ausdrücke, welche für die Absicht, eine letzte Willensstiftung und nicht einen Ehe- oder Erbvertrag errichten zu wollen, gedeutet werden könnten, sehr rathsam [28]). Uebrigens ist die Meinung allgemein angenommen, daß in Teutschland selbst Ausdrücke, wie erben, erblich zufallen, erblich haben und behalten, mit den Kindern in gleiche Theilung geben, succediren, vermachen, Erb- und Verlassenschaft, auf den Todesfall u. s. w., ingleichen die Disposition über den gesammten Nachlaß und die Einsetzung eines Universalerben, endlich die Beobachtung gewisser in der Regel bei letzten Willensstiftungen erforderlicher Formalitäten, z. B. Zeugenzuziehung, Codicillarclausel ꝛc., doch nicht als Beweis einer römischen letzten Willensstiftung oder eines gemischten Ehevertrages angesehen werden können, da nach teutschem Rechte die Universalsuccession nicht blos durch die römischen Testamente, Fideicommisse, Schenkungen auf den Todesfall, sondern auch durch bloße Erbverträge inter vivos bestimmt werden kann [29]). Trotz der Unrichtigkeit jener Anwendung der römischen Grundsätze auf das ganz teutsche Institut der Erb-, und inwiefern der Erbvertrag dem Ehevertrage beigefügt ist, der Eheverträge hat sich doch obgedachte Ansicht über die Widerruflichkeit der für gemischt gehaltenen Ehestiftungen in viele teutsche Particulargesetze und in die Observanz vieler teutschen Staaten eingeschlichen [30]). So wird z. B. im Königreiche Sachsen die Ehestiftung in der Regel als Contract behandelt, namentlich wenn der Vertrag blos eine Quote des Vermögens, nicht die Universalsuccession, und wenn er blos dos und donatio propter nuptias zum Gegenstande hat; im entgegengesetzten Falle aber wird die Ehestiftung als donatio mortis causa aufrecht erhalten, wenn sie vor fünf Zeugen errichtet oder gerichtlich insinuirt wurde [31]). Um die Fälle der gemischten Ehestiftung ganz klar darzulegen, hat man noch näher so unterschieden: Die Eheverträge sind entweder einfache in Ansehung des Objectes (pacta dotalia simplicia ratione obiecti), d. h. solche, in

28) v. Quistorp, rechtliche Bemerkungen (Leipzig 1798), Th. 1, Nr. 36, S. 131.

29) Leyser l. c. spec. 108. med. 6. 9. 10. Runde a. a. O. §. 570. Danz a. a. O. dazu S. 184. Curtius, Handbuch des in Kursachsen geltenden Civilrechtes, §. 136. Mittermaier a. a. O. §. 360. Glück a. a. O. §. 1248, S. 383 flg.

30) Mehrere solche teutsche Particulargesetze sind aufgeführt bei Mittermaier a. a. O. §. 359, Note 9; Runde a. a. O. §. 571, Note a; Leyser l. c. spec. 308. med. 3; vorzüglich aber bei de Selchow, elementa iur. germ. priv. §. 427. not. 2. Vgl. auch Kortholt l. c.; Glück a. a. O. §. 1246, S. 375.

31) Kursächsische Constitutionen von 1572, Th. 2. Const. 43. Consult. tom. I. p. 1. qu. 9. — Resp. scab. 117. tom. II. p. 1. qu. 21. Vgl. Curtius a. a. O. §. 134. Note a. Hänsel dazu 1. Abth., S. 237.

denen blos über dos und donatio propter nuptias disponirt ist und bei denen daher, wenn nicht eine Derogation durch Gerichtsbrauch und Particulargesetze nachgewiesen wird, lediglich die Grundsätze des römischen Rechtes zu beobachten sein sollen, oder gemischte in Ansehung des Objectes (pacta dotalia mixta ratione obiecti), worin auch die Erbfolge berücksichtigt ist, und zwar entweder in der Form wirklicher Verträge, — einfache in Ansehung der Form (pacta dot. simplicia ratione formae s. modi), welche dann nach teutschen Rechtsgrundsätzen zu beurtheilen sind, oder in der vollständigen römischen Form der letzten Willensverordnungen, — gemischte in Ansehung der Form (pacta dotalia mixta ratione formae s. modi), welche dann auch den römischen Gesetzen unterliegen [32]). Die einfachen Eheverträge werden blos nach den teutschen Grundsätzen von Verträgen beurtheilt, bedürfen daher keiner äußeren Form; die innere der beiderseitigen Einwilligung reicht hin, um sie sogleich vollkommen verbindlich und unwiderruflich zu machen und, falls sie über die Successionsrechte disponiren, ein wahres Erbrecht zu begründen. Die gemischten Eheverträge dagegen werden — so hat sich die Praxis gestaltet — nach den Grundsätzen der Schenkung auf den Todesfall beurtheilt, müssen daher vor fünf Zeugen oder gerichtlich errichtet werden, sind bis zum Tode eines der beiden Ehegatten widerruflich, und der überlebende, oder donatarius mortis causa, wird nur successor singularis, unterliegt dem Abzuge des falcidischen Viertheils, und neben dieser successio ex pacto dotali besteht Intestat- oder Testamentserbschaft; in der Regel also sind die Kinder des überlebenden Gatten die Intestaterben [33]).

Allgemein wird bei den Eheverträgen der Rechtsparömie: Willkür bricht Stadtrecht ꝛc. [34]), nachgegangen; es werden daher nur diejenigen Grundsätze des römischen Rechtes bei den reinen teutschen Erbverträgen in Anwendung gebracht, welche nicht dem teutschen Charakter der Eheverträge widersprechen; es wird sonach auch ein Ehevertrag, dem Geiste der teutschen Verträge gemäß, ohne Rücksicht auf seine Form, für einfach und unwiderruflich angenommen, wenn nicht die Absicht der Parteien erweislich und klar vorliegend die war, blos ein widerrufliches Geschäft, eine letztwillige Verordnung vorzunehmen [35]), und wenn nicht am Orte des fraglichen Falles durch ein Particulargesetz einfache Ehepacten untersagt sind [36]). Die Gesetze der meisten teutschen Lande stimmen diesen ächt teutschrechtlichen Prin-

---

32) Danz a. a. O. §. 570, S. 182 flg.

33) Glück a. a. O. §. 1247, S. 379 flg.; §. 1249, S. 389. Thibaut, System des Pandektenrechts, 8. Ausg., §. 373. de Cannegiesser, collectionis natabiliorum decis. sup. trib. appell. Hasso—Cassel. tom. I. dec. 19. p. 68.

34) Danz a. a. O. §. 566, S. 170.

35) Curtius a. a. O. §. 136.

36) Strube, rechtliche Bedenken, Spangenberg'sche Ausgabe, Bd. XL. (II. 63.) Glück a. a. O. §. 1243, S. 383 u. 384, und §. 1246, S. 377. Mittermaier a. a. O. §. 359 u. 360. Leyser l. c. spec. 308. med. 4. 6.

cipien bei[37]), und es ist keinem Zweifel unterworfen, daß selbst in einem Lande, wo gemischte Eheverträge eingeführt sind, doch auch einfache errichtet werden können[38]). Bedürfen, wie erwähnt, gemeinrechtlich die teutschen Eheverträge keiner besonderen äußeren Form[39]), also z. B. keiner Zeugen[40]), so bedürfen sie auch nicht einmal eines schriftlichen Aufsatzes[41]) zu ihrer Giltigkeit[42]), noch weniger in der Regel der gerichtlichen Confirmation[43]). In der ersten Beziehung werden daher die Eheverträge eingetheilt in verbriefte und unverbriefte Gedinge, je nachdem ein Aufsatz darüber gefertigt worden ist oder nicht[44]). Sowohl Aufsatz als Confirmation sind indeß, bei den obwaltenden Meinungsverschiedenheiten unter den Rechtslehrern, zur Sicherung des Beweises sehr räthlich[45]); für nöthig wird letztere häufig dann erachtet, wenn dem einen der Ehegatten ein 500 Ducaten übersteigender Vortheil gewährt wird, um so die zur Giltigkeit eines solchen Geschenkes nach römischem Rechte erforderliche gerichtliche Insinuation zu bewirken (s. den Art. Schenkung)[46]). Auch wird sie dann ausnahmsweise erfordert, wenn in Ansehung eines Lehns etwas in der Ehestiftung disponirt wird, wozu die Contrahenten eigenmächtig nicht berechtigt und wozu sie der Einwilligung der Agnaten oder Cognaten bedürftig sind[47]), so wie sich die Nothwendigkeit der gerichtlichen Confirmation in den Landen, wo über Immobilien ohne solche nicht dis-

---

37) Ein Verzeichniß derselben s. bei de Solchow l. c. not. 3. Vergl. auch Leyser l. c. coroll. 3.

38) Glück a. a. O. S. 378.

39) Curtius a. a. O. §. 135. Runde a. a. O. §. 567. Danz dazu, Glück a. a. O. §. 1245, S. 341.

40) Gottschalk, disceptat. forens. P. I. c. 12. Strube a. a. O. Bd. XLI. (IV. 166.)

41) Leyser l. c. spec. 307. med. 3 et 4. Glück a. a. O. §. 1245, S. 341. Hänsel a. a. O. §. 135.

42) Vergl. indeß Weichsel, Abhandl. über versch. Rechtsmaterien (Magdeb. 1829), Abh. 2. Runde a. a. O. §. 566, 567, u. Danz dazu.

43) Mittermaier a. a. O. §. 360. Hagemann und Bülow, praktische Erörterungen, Bd. 2, S. 368. Vergl. Hänsel a. a. O. §. 135, und die das. angeführten Schriftsteller. v. Trützschler, in der Note 47 angezogenen Stelle. de Cannegiesser l. c. tom. III. dec. 90. p. 90. Strube a. a. O. Bd. XXXVIII (I. 110.) u. XXXIX (IV. 115.). Danz a. a. O. §. 567, S. 173. Böhmer, de confirmatione et infirmatione pactorum dotalium iud. etc. Göttingae 1784 Die Vorschriften des bayerschen und preußischen Landrechtes über die gerichtliche Confirmation s. bei Glück a. a. O. Note 19. Wegen Braunschweig-Lüneburg s. vorstehend angezogenen Böhmer. Vergl. auch Leyser l. c. med. 2. 3. 4.

44) Die Verfügungen des bayerschen Landrechtes über schriftliche Abfassung der Eheverträge s. bei Glück ebend.

45) Vgl. Leyser l. c. spec. 310. med. 1.

46) v. Quistorp a. a. O.

47) de Cannegiesser l. c. tom. I. dec. 36. p. 143. (v. Trützschler) Anweisung zu Abf. rechtl. Aufs., 1. Th., 2. Hauptabth., 3. Hptst., §. 51. Danz a. a. O. §. 567, S. 172.

ponirt werden kann, dann von selbst versteht, wenn diese einen Gegenstand der Ehestiftung ausmachen[48]), außerdem aber nicht[49]).

Die Subjecte der teutschen Eheverträge sind die Braut- oder Eheleute, welche über die Nebenbestimmungen rücksichtlich ihrer Ehe einen Vertrag eingehen wollen, und nächst ihnen ihre Eltern[50]). Denn die Zuziehung der Verwandten zu diesen Verträgen ist ein Hauptgrundsatz des teutschen Rechtes[51]). Unstreitig müssen auch bei Minderjährigen deren Vormünder, bei Weibspersonen, welche nicht mehr unter elterlicher Gewalt stehen, da, wo die Geschlechtscuratel noch existirt, deren Geschlechtscuratoren zustimmen[52]). Die entgegengesetzte Meinung gründet sich auf das römische Gesetz[53]), nach welchem der Minderjährige eine Ehe ohne Zustimmung des Vormundes schließen kann. Allein abgesehen davon, daß die Giltigkeit dieses Gesetzes an sich manchem Zweifel unterworfen ist, so spricht es nur von copulandis nuptiis, und dabei von einem curator „qui solam rei familiaris sustinet administrationem," setzt also voraus, daß nicht etwas von den Gesetzen Abweichendes rücksichtlich der res familiaris vor sei. Allein der Ehevertrag wird gerade dadurch veranlaßt, daß die Ehe- oder Brautleute bei demjenigen es nicht bewenden lassen wollen, was die Gesetze rücksichtlich jener Nebenverhältnisse bei der Ehe bestimmen, indem sie außerdem keines Vertrages bedürften[54]). Ueberdieß werden in Bezug auf die Verhandlungen rücksichtlich der dos in den Gesetzen selbst die Minderjährigen als solche angesehen, es wird ihnen bei dießfallsigen Verletzungen restitutio in integrum zugestanden[55]). Und was das teutsche Institut der Geschlechtsvormundschaft anlangt, das die Zustimmung des Curators in der Regel zu allen Contracten fordert, durch welche die Frau in Beziehung auf ihr Vermögen sich verbindlich machen will, so kennen solches die römischen Gesetze gar nicht[56]).

Der oben erwähnte Grundsatz des römischen Rechtes, daß nichts

---

48) v. Trützschler a. a. O. Runde a. a. O. §. 567, und Danz dazu.

49) Mittermaier a. a. O. und in Note 13 gegen Leyser l. c. med. 2.

50) v. Trützschler a. a. O. §. 4. Stryk l. c. c. 5. §. 14. Curtius a. a. O. §. 137. Berger, oeconom. iuris loco infra not. 52 cit.

51) Mittermaier a. a. O. §. 359. Danz a. a. O. §. 567, S. 272.

52) Hommel, rhapsod. quaestionum obs. 25; in gewisser Maße: Berger, oeconomia iur. lib. I. tit. III. th. 11. not. 21. Richter, decis. 26. n. 46; vorzüglich aber v. Trützschler a. a. O. bes. Note a. Curtius a. a. O. und Hänsel dazu S. 239. Glück a. a. O. §. 1245, S. 342.

53) L. 8. D. de nuptiis. (5. 4.) Leyser l. c. spec. 107. med. 2. Stryk l. c. §. 13.

54) Runde a. a. O. §. 566.

55) L. 9. §. 1. D. de minoribus XXV ann. (4. 4.) L. un. C. si adversus dotem. (2. 24.) Glück a. a. O. Th. 6, §. 462, S. 16.

56) Im Königreiche Sachsen war sonst die Zustimmung des Geschlechtsvormundes unbedingt erforderlich. Mandat v. 10. Nov. 1828, §. 3, Gesetzsamml. S. 244. Weber, Darstellung des im Königreiche Sachsen geltenden Kirchenrechtes, Th. 2, Buch 2, §. 128, Note 40. Dieß cessirt aber seit gänzlicher Aufhebung der Geschlechtscuratel durch Gesetz vom 8. Jan. 1838, Gesetzsamml. S. 23.

Gegenstand der Eheverträge sein kann, was dem Wesen der Ehe und den daraus nothwendig hervorgehenden Wirkungen derselben entgegen ist, daß vielmehr dergleichen Bestimmungen für nicht beigefügt zu achten sind, findet, nach allem Vorgetragenen, volle Anwendung auf die teutschen Eheverträge. Eben das gilt aber auch von Allem, was der Sittlichkeit und verbietenden Gesetzen widerspricht [57]). Im Allgemeinen pflegen die Eheverträge folgende Gegenstände zu haben [58]): die Zeit der Vollziehung der Ehe, die Größe des beiderseitigen Zubringens, die Rechte an dem beiderseitigen Vermögen, besonders dessen Benutzung während der Ehe, im Allgemeinen alle Vermögensverhältnisse, vorzüglich die gegenseitige Succession und die Erbfolge in Bezug auf die gemeinschaftlichen Kinder, welche, wenn ihr Pflichttheil nicht verletzt ist, den Ehevertrag als eine, keiner Solennitäten bedürfende divisio parentum inter liberos anzuerkennen haben [59]); ferner das gegenseitige persönliche Verhalten während der Ehe, oft die ausbedungene Vormundschaft der Ehefrau über die Kinder nach dem Tode des Ehemannes mit oder ohne Rechnungsablegung [60]); endlich und vorzüglich bei gemischten Ehen die Erziehung der aus dieser Ehe erzeugten Kinder und deren Religion. Daß in diesem letzten Punkte die Willkür der Ehegatten häufig durch Particulargesetze beschränkt wird, dieser sehr delicate Punkt daher, besonders in den neueren Zeiten, mit großer Vorsicht und unter genauer Berücksichtigung der Landeskirchenverhältnisse zu behandeln ist, dieß ist bekannt [61]). Als ein urteutsches Institut ordnet der Ehevertrag vorzüglich die oft sehr ungewissen Verhältnisse der in Teutschland üblichen besonderen Vermögens- und Successionsarten der Eheleute [62]), sonach nicht blos die Verhältnisse des Brautschatzes (mit Einschluß der Vermehrung desselben — accessio s. augmentum dotis) und der Widerlage oder des Gegenvermächtnisses, wie die römischen Dotalverträge, sondern auch und vorzüglich die Verhältnisse der Gütergemeinschaft. Diese wird dadurch eine vertragsmäßige (communio bonorum conventionalis), und zwar entweder rücksichtlich aller Güter (comm. bon. universalis), oder nur der Errungenschaft (acquaestus) — comm. bon. particularis, trägt auch gewöhnlich auf den überlebenden Ehegatten, nach dem Sprichwort: Längst Leib, längst Gut, die ganze Erbschaft mindestens zum lebenslänglichen Nießbrauch über, während rückwärts aus dieser Formel und den Formeln: Leib an Leib, Gut an Gut, Hut bei Schleier, Schleier bei Hut, nicht unbedingt auf gegenseitige bedungene Succession,

57) Vergl. auch Danz a. a. O. §. 566, S. 170; Hänsel a. a. O. §. 133, S. 235.

58) Curtius a. a. O. §. 133. Runde a. a. O. §. 566, Danz dazu S. 170. Glück a. a. O. §. 1244, S. 335. Andreas Müller, Lexikon des Kirchenrechtes, Bd. 2, u. d. W. Ehepacten.

59) Danz a. a. O. §. 570, Note *).

60) v. Trützschler a. a. O. §. 44.

61) Runde a. a. O. §. 569, Danz dazu. Glück a. a. O. §. 1244, S. 335. v. Trützschler a. a. O. §. 5 flg.

62) Ueber nachstehende Gegenstände der Eheverträge ist besonders nachzusehen v. Trützschler a. a. O. §. 8 flg.

oder auf conventionelle Gütergemeinschaft geschlossen werden darf [63]). Oefter wird auch da, wo dieß erlaubt ist, der Nichteintritt der particularrechtlichen Gütergemeinschaft bedungen [64]), — Alles Verhältnisse, die, unvorsichtig in der Ehestiftung behandelt, zu großen Streitigkeiten Veranlassung geben können [65]). Fernere Objecte dieser Art sind die Paraphernalgüter und die Ausstattung der Frau, deren Nadel- und Spillgelder (bona receptitia), Morgengabe, Mußtheil, Leibzucht (Witthum, Leibgeding), Eingeschneitel (supervita). Da mehrere dieser Gegenstände blos bei reicheren Familien, namentlich dem vornehmen Güteradel vorkommen, so sind es auch gerade diese Familien, bei denen sich die Ehestiftungen in Teutschland am meisten und schon frühzeitig [66]) finden. Beinahe blos bei dem höchsten Adel Teutschlands sehen wir auch, und jetzt besonders häufig, morganatische Ehen; diese haben ihr Recht größentheils in den Ehestiftungen zu suchen [67]), wogegen wir in den Ehestiftungen bürgerlicher Ehegatten vorzüglich die Beseitigung der Ungewißheiten der statutarischen Succession beabsichtigt finden.

Eine bestimmte Zeit für Errichtung der Ehestiftungen ist nirgends gemeinrechtlich vorgeschrieben; es kann dieß vor oder während der Ehe geschehen, geschieht aber am häufigsten bei oder nach Abschluß der Sponsalien [68]). Ist die Ehe aber schon vollzogen, oder sind auch nur die Sponsalien unbedingt abgeschlossen, so kann kein Theil verlangen, daß der andere Ehegatte sich in der Ehestiftung die ihm durch die Ehe oder Sponsalien entstandenen Rechte schmälern lasse. Auch müssen bei Errichtung einer Ehestiftung nach vollzogener Ehe die gesetzlichen [69]) Bestimmungen wegen Ungiltigkeit der Schenkungen unter Ehegatten berücksichtigt werden [70]).

Die Wirkungen der Ehestiftungen sind von denen anderer Verträge nicht verschieden; es findet also, außer mit Zustimmung des Gegentheiles [71]), keine Abänderung derselben statt [72]), so daß auch, da sie nicht

---

63) Mittermaier a. a. O. §. 360, und die das. angezogenen Schriften. Strube a. a. O. Bd. 41 (IV. 166).

64) Rechtliche Wirkungen einer von den Landesgesetzen wegen der ehelichen Gütergemeinschaft abweichenden Eheberedung in Günther, rechtliche Bemerkungen ꝛc. (Helmstädt 1802), S. 20.

65) Z. B. vergl. v. Hohnhorst, Jahrbücher des Oberhofgerichtes zu Mannheim, Jahrg. 1, S. 195.

66) Eichhorn a. a. O. Th. 4, §. 572.

67) Runde a. a. O. §. 572 flg., und Danz dazu a. a. O.

68) Danz a. a. O. §. 566, S. 169. Glück a. a. O. §. 1244, S. 335, und der da angezogene Brewer, diss. an matrimonio iam indefinite contracto adhuc pacta dotalia condi queant. Bonnae 1782. Weber a. a. O. §. 128. Mittermaier a. a. O. §. 360, und die dort Note 8 angez. Schriften und Gesetze.

69) L. 22. D. de pactis dotalibus. (23. 4.)

70) Hänsel a. a. O. §. 133, S. 235.

71) Eine merkwürdige Entscheidung in dieser Beziehung s. bei Leyser l. c. spec. 307. med. 8.

72) v. Hohnhorst a. a. O. 4. Jahrg., S. 351. v. zu Rhein und Sartorius, Sammlung merkwürdiger Rechtsfälle, Bd. 1, St. 9, S. 244.

römische letzte Willensstiftungen sind, das durch sie begründete Erbrecht dem überlebenden Ehegatten weder durch Testament, noch durch Codicill, noch durch Schenkung auf den Todesfall entzogen werden kann[73]). Dasselbe versteht sich aber auch nur von demjenigen Vermögen, welches bei dem Tode des zuerst sterbenden Ehegatten noch vorhanden, daher dieser an keiner sonst erlaubten Disposition über sein Vermögen gehindert ist, wenn er sich nicht derselben in der Ehestiftung, oder sonst ausdrücklich begeben hat[74]). Ist auch der überlebende Ehegatte in der Ehestiftung zum Erben des ganzen Vermögens oder eines verhältnißmäßigen Theiles (pars quota) desselben eingesetzt, so ist er als successor universalis zu Bezahlung der Erbschaftsschulden ganz oder verhältnißmäßig verbunden, wogegen dieß wegfällt, wenn seine Einsetzung in re certa, in eine gewisse Summe (pars quanta) erfolgt, er also nur successor singularis ist[75]). Ob aber in einem Ehevertrage dritte Personen zu Erben eingesetzt werden können, ist eine höchst bestrittene, in dem Art. Erbvertrag abzuhandelnde Frage[76]). Im Allgemeinen ist hier nur so viel zu bemerken, daß beide Contrahenten gegen einander verbindlich werden, keinen Anderen als jenen Dritten zum Erben einzusetzen, daß dieser selbst aber kein Recht aus dem Ehevertrage erwirbt, wenn er die ihm darin ausgesetzten Vortheile nicht ausdrücklich acceptirt[77]). Bei einer förmlichen Erbeinsetzung in den Ehepacten darf auch der Pflichttheil derer nicht verletzt werden, welche einen solchen zu fordern haben[78]). Rücksichtlich der Kinder, die zur Zeit der vollzogenen Eheverträge wirklich leben, oder im rechtlichen Sinne als lebend gedacht werden, waltet darüber kein Streit ob. Der Zweifel, den man aber gegen die dießfallsigen Rechte der Eltern erhoben hat[79]), reducirt sich darauf, daß diese allerdings dann wegen verletzten Pflichttheiles sich nicht beschweren können, wenn die Eheberedung unter ihrer Zustimmung geschlossen worden ist[80]). Die Verletzung des Pflichttheiles hat übrigens hier nach der richtigeren Meinung[81]) nicht die Ungiltigkeit des ganzen Ehevertrages zur Folge, sondern blos das Recht auf die Ergänzungsklage. Dem widerspricht auch das alte Sprichwort nicht: „Kinderzeugen bricht Ehestiftung," da solches blos von dem Falle zu verstehen ist, wo Kinder zur Zeit der Schließung der Ehepacten im rechtli-

73) Dabei entsteht aber die Frage: „Ob zu vermuthen, daß dasjenige, so in der Ehestiftung und im Testamente dem überlebenden Ehegatten vermacht ist, doppelt gefordert werden könne?" Strube a. a. O. Bd. 45 (IV. 185).

74) Curtius a. a. O. §. 135. Vergl. Strube a. a. O. Bd. 44 (IV. 33).

75) Curtius ebendas. §. 137.

76) v. Hohnhorst a. a. O. 5. Jahrg., S. 61 u. 339.

77) Mittermaier a. a. O. §. 360 a. E.

78) v. Trützschler a. a. O. §. 45.

79) Ayrer, de legitima parentum pactis dotalibus liberorum exclusa. Göttingae 1748.

80) Curtius a. a. O. §. 137, und Hänsel a. a. O. dazu S. 239 u. 240, und die da angezogenen Schriftsteller. v. Hohnhorst a. a. O. 4. Jahrg., S. 351. v. Trützschler a. a. O.

81) Hommel l. c. obs. 203.

chen Sinne noch gar nicht existirten[82]). Dagegen muß mit Recht, wenn in der Ehestiftung über die Succession in das Vermögen der Eheleute nach ihrem Tode disponirt und ihnen ihre statutarische Erbportion nicht ausdrücklich vorbehalten ist, angenommen werden, daß sie dadurch der statutarischen Succession entsagt haben, da sie der Natur der Sache nach nicht verlangen können, einmal aus dem Ehevertrag und noch einmal aus dem Statut zu erben[83]). Die oft besprochene[84]) Frage über die Wirkungen der Ehestiftung, wenn nach deren Errichtung über das Vermögen eines der Ehegatten Concurs ausbricht, bedarf einer besonderen Beantwortung nicht, da sie ganz nach den allgemeinen Grundsätzen über Giltigkeit der Verträge beim Concurs der Gläubiger zu beantworten ist.

Die Aufhebung der Ehestiftungen und ihrer Wirkungen erfolgt durch Einwilligung beider Ehegatten in erstere (mutuo dissensu), jedoch nur so weit als nicht dritten Personen daraus ein Recht erwachsen ist, durch Unterbleibung der Ehevollziehung[85]), weil letztere die Voraussetzung ist, unter welcher die Ehestiftung geschlossen wurde (doch bleibt der aus den Ehepacten verpflichtet, der die Ehevollziehung ohne rechtmäßige Ursache verweigert[86])), durch Nichtigkeitserklärung oder wirkliche Ehescheidung[87]) (nicht durch blos zeitige Trennung von Tisch und Bett, und nicht so weit, daß der unschuldige Theil die ihm für den Fall der Trennung zugestandenen Rechte verlöre[88])), endlich durch Kinderzeugung, wenn die Ehepacten auf den Fall einer kinderlosen Ehe geschlossen sind, nach dem obgedachten Sprichwort: Kinderzeugen bricht Ehestiftung[89]). Doch ist dieß nur bei einer auf gedachten Fall der unberennten, unbeerbten, d. i. kinderlosen Ehe, im Gegensatze von einer berennten, beerbten Ehe, geschlossenen Ehestiftung der Fall, wenn die nachgeborenen Kinder auch den Zeitpunkt erleben, wo der Vertrag nach der Absicht der Paciscenten in Erfüllung gehen soll[90]).

---

82) Hänsel a. a. O.

83) Leyser l. c. spec. 307. med. 5. Strube a. a. O. Bd. 43 (II. 100). Bauer, responsa tom. I. resp. 33. p. 132. Gottschalk l. c. tom. II. 2. Rivinus, de pactis dotalibus, in quantum statutis derogent vel minus. Lipsiae 1723.

84) Leyser l. c. spec. 309. med. 8 et 9. v. Hohnhorst a. a. O. 8. Jahrg., S. 147. Scheidlein, Miscellen aus der Gesetzgebung des österreichischen Kaiserstaates, H. 3, Abh. 2, §. 142, S. 85. v. Wagersbach, Archiv für wichtige Anordnungen in den österreichischen Staaten ꝛc., H. 6, S. 244.

85) Nach königl. sächsischem Rechte auch dann, wenn zwar durch Trauung, aber nicht durch Beischlaf die Ehe vollzogen ist. Sächs. Constitutionen v. 1572. P. III. const. 19.

86) Hänsel a. a. O. §. 138, S. 241.

87) Nach königl. sächsischem Rechte muß aber der Ehegatte, welcher hiernach etwas verliert, was er nur gegen die Hingabe eines Theiles seines eigenen Vermögens erhalten hat, dieses unverkürzt zurückerhalten. Weber a. a. O. Th. 2, Buch 2, Note 70, S. 1302.

88) Mittermaier a. a. O. §. 360. Stryk l. c. §. 47.

89) Curtius a. a. O. §. 138, und Hänsel dazu a. a. O. Glück a. a. O. Th. 25, §. 1249, S. 384 flg. Mittermaier a. a. O.

90) Runde a. a. O. §. 568, Danz dazu a. a. O. S. 174. Hänsel

Uebrigens geben bei Beurtheilung der Wirkungen der Eheſtiftung nicht die Geſetze des Contractsforum, ſondern die Geſetze des Ortes, wo der Mann ſeinen Wohnſitz hatte und wohin ihm die Frau folgte, die Norm [91]).

Neuerlich ſind auch bei legislativen Arbeiten die Eheverträge Gegenſtand vielfacher Erwägung geworden [92]). Buddeus.

**Ehrloſigkeit** und **Ehrenſchmälerung** [1]) ſind der Wortbedeutung nach Zuſtände der Perſon, in welchen ſie ihrer Ehre entweder gänzlich oder theilweiſe verluſtig iſt. Ob und inwieweit dieſe Zuſtände in juriſtiſcher Hinſicht von Bedeutung ſeien, hängt davon ab, ob die Fähigkeit zu dem Genuſſe gewiſſer Rechte an den Beſitz der ungeſchmälerten Ehre gebunden iſt. Denn die juriſtiſche Bedeutung der Ehrloſigkeit würde alsdann eben darin beſtehen, daß der Ehrloſe unfähig wäre, dieſe Rechte zu genießen, ſo wie auch der Ehre ſelbſt in juriſtiſcher Hinſicht nur inſofern Bedeutung zugeſchrieben werden kann, als ſie zu dem Genuſſe gewiſſer Rechte befähigt. Im Sinne des gewöhnlichen Lebens iſt Ehre die Achtung oder der gute Name, welche einem Menſchen wegen ſeiner in ſittlicher und bürgerlicher Hinſicht untadelhaften Handlungsweiſe von anderen Menſchen zugeſtanden werden [2]). Wie dieſe Achtung nur in dem Urtheile anderer Menſchen beruht, ſo iſt ſie auch an und für ſich kein Gegenſtand des Rechtes und ohne rechtliche Folgen, obgleich natürlicher Weiſe dadurch nicht ausgeſchloſſen iſt, daß dieſe Achtung eines der werthvollſten Güter iſt, welche der Menſch beſitzen kann, und daß ſie eben deßwegen inſofern unter dem Schutze des Rechtes ſtehen muß, als es keinem Menſchen geſtattet ſein kann, die Ehre eines Anderen durch willkürliche und ungerechte Handlungen zu gefährden oder zu untergraben [3]). Aber eigentliche rechtliche Bedeutung kann dieſe Achtung nur dadurch erhalten daß diejenigen, welche ſich derſelben zu erfreuen haben, zu dem Genuſſe gewiſſer Rechte fähig ſind, deren Andere blos aus dem Grunde, weil ſi. ſich dieſer Ach-

---

a. a. O. §. 138. Mittermaier a. a. O. §. 360. Vgl. Glück a. a. O. §. 1249, S. 385. Pfeiffer, Entſcheidungen des Oberappellationsgerichtes zu Caſſel, Dec. 134.

91) Dümont-Schauberg, Archiv für das Civil- und Criminalrecht, Bd. 8, S. 168. Glück a. a. O. Th. 6, §. 516, S. 30[illegible], nach Analogie des röm. Rechtes L. 65. D. de iudic. et ubi quisque. (5. 1.)

92) Beidtel, Betrachtungen über Gegenſtände der Civilgeſetzgebung und Staatswirthſchaft (Leipzig 1840), Nr. 4, S. 28 flg. Bolley, Entwürfe von Geſetzen für das Königreich Württemberg ꝛc. 4. Die Verträge über Erbſchaften und die Eheverträge. Stuttgart 1835. Entwurf eines Geſetzes in Betreff der Verträge über Erbſchaften und der Eheverträge, nebſt Motiven. Stuttgart 1840.

1) Vergl. im Allgemeinen vorzüglich Marezoll, über die bürgerliche Ehre (Gießen 1824), und v. Savigny, Syſtem des heutigen römiſchen Rechtes (Berlin 1840), Bd. 2, S. 60 flg.

2) Häufig unterſcheidet man zwiſchen äußerer und innerer Ehre, und verſteht unter der erſteren die Achtung, welche Jemand bei anderen Menſchen genießt, unter der letzteren den Grund, aus welchen ihm dieſelbe zugeſtanden wird.

3) S. darüber den Art. Injurien.

tung verlustig gemacht haben, nicht theilhaftig werden können. Auf diese Weise bildet sich durch die Rechte, welche der Staat nur denjenigen zugesteht, welche Achtung und guten Namen genießen, der Begriff von bürgerlicher Ehre und bürgerlicher Ehrlosigkeit. Bürgerliche Ehre wird demnach die durch die Handlungsweise des Menschen bedingte Fähigkeit, bürgerliche Ehrlosigkeit die durch die Handlungsweise desselben bedingte Unfähigkeit zu dem Genusse bestimmter Rechte sein. Wenn einmal die Fähigkeit zu dem Genusse bestimmter Rechte davon abhängig gemacht ist, daß Jemand eine solche Handlungsweise beobachte, durch welche Achtung und guter Name begründet wird, so wird auch die Gesetzgebung kaum umhin können, die Handlungsweise, welche die angegebene Rechtsfähigkeit und Rechtsunfähigkeit zur Folge haben soll, im Näheren zu bestimmen. Denn das Urtheil der Menschen ist mitunter schwankend und auf Vorurtheile gegründet, so daß der Staat, wenn er die Fähigkeit zu dem Genusse gewisser Rechte davon abhängig machen will, daß sich Jemand in dem Besitze seiner Ehre befindet, diesem Urtheile nicht füglich unbedingt vertrauen darf; jedes Falles kann der Staat Ehrlosigkeit und Ehrenschmälerung mit der rechtlichen Wirkung, daß Unfähigkeit zu dem Genusse gewisser Rechte dadurch begründet werde, nur in Folge einer solchen Handlungsweise eintreten lassen, durch welche Achtung und guter Name nicht nach dem Vorurtheile der Menge, sondern nach einem vernünftigen und sittlichen Maßstabe verloren gehen.

Wenn sich auf diese Weise die rechtliche Wirkung der bürgerlichen Ehrlosigkeit und Ehrenschmälerung nicht anders als dadurch zu erkennen geben kann, daß dieselbe unfähig macht, gewisse Rechte zu genießen, so darf man doch darum noch nicht ohne Weiteres Jeden, dem die Fähigkeit zu dem Genusse dieser Rechte abgeht, für ehrlos ansehen. Denn es können auch andere Gründe sein, von welchen Achtung und guter Name gar nicht abhängen, welche den Staat bewogen haben, gewissen Classen von Personen die Fähigkeit zu denjenigen Rechten abzusprechen, deren auch die Ehrlosen unfähig sind. So kann z. B. Frauenzimmern, oder Allen, welche ein gewisses Alter noch nicht erreicht haben, oder welche sich zu einer gewissen Religion bekennen, ebenfalls die Fähigkeit zu den Rechten, zu welchen auch die Ehrlosigkeit unfähig macht, abgehen, ohne daß sich darum sagen ließe, daß die in eine dieser Classen gehörigen Personen mit Ehrlosigkeit und Ehrenschmälerung behaftet seien. Nur durch die Handlungsweise des Menschen kann Ehre und Ehrlosigkeit desselben begründet werden, so daß auch nur diejenigen für ehrlos in juristischer Hinsicht gelten können, welche wegen ihrer Handlungsweise des Genusses bestimmter Rechte für unfähig erklärt sind.

Die durch die Handlungsweise des Menschen begründete Rechtsunfähigkeit kann aber in verschiedenen Graden vorkommen, je nachdem gewissen Handlungen die rechtliche Wirkung beigelegt ist, daß sie denjenigen, der sie begeht, zu sämmtlichen Rechten, deren Genuß durch den Besitz der vollen bürgerlichen Ehre bedingt ist, unfähig machen, oder je nachdem andere Handlungen den Handelnden nur der Fähigkeit zu einzelnen dieser Rechte entkleiden. Wer sich durch seine Handlungen der Fähigkeit zu

sämmtlichen Rechten, welche dem Menschen überhaupt zustehen können, verlustig gemacht hat, muß auch nothwendig gänzlich ehrlos sein, da er alsdann auch zu denjenigen Rechten unfähig ist, deren Genuß von dem Besitze der vollen bürgerlichen Ehre abhängig ist. Aber umgekehrt braucht der gänzlich Ehrlose nicht nothwendig gänzlich rechtlos zu sein, wenn es nämlich Rechte gibt, bei welchen die Fähigkeit zu deren Genusse überhaupt nicht von dem Besitze der Ehre abhängt, oder mit anderen Worten, wenn es nur einzelne bestimmte Rechte sind, zu welchen die Fähigkeit durch den Besitz der ungeschmälerten Ehre bedingt ist. Daraus ergibt sich auch, daß die Ehrlosigkeit je nach der größeren oder geringeren Rechtsunfähigkeit, welche sie mit sich bringt, in verschiedenen Abstufungen vorkommen kann.

Nach diesen einleitenden Bemerkungen, welche sich aus der Natur der Sache zu ergeben scheinen, kann zu der Darstellung der Grundsätze unseres positiven Rechtes über Ehrlosigkeit übergegangen werden. Fast bei keiner anderen Lehre herrscht so große Verschiedenheit und Schwankung der Ansichten, als bei dieser. Namentlich sind die Ansichten sehr getheilt über das Verhältniß, in welchem römisches Recht und einheimisch teutsches Recht in dieser Lehre zu einander stehen. In dem einheimischen Rechte hatte sich bereits ein bestimmtes System über Ehrlosigkeit ausgebildet, als das römische Recht in Teutschland recipirt wurde. Dieses System wich sowohl in Ansehung der Fälle, in welchen Ehrlosigkeit eintreten sollte, als auch der Wirkungen, welche dieselbe nach sich ziehen sollte, sehr ab von den Ansichten, die im römischen Rechte darüber aufgestellt waren. Daher muß die Frage entstehen, über deren Beantwortung die Meinungen so getheilt und schwankend sind, inwieweit das römische Recht in dieser Beziehung in Teutschland recipirt sei, und die Ansichten des einheimischen Rechtes entweder verdrängt, oder wenigstens modificirend auf dieselben eingewirkt habe. Bei der Beantwortung dieser Frage werden sich weiter unten die obigen einleitenden Bemerkungen als nützlich erweisen. Vor Allem ist dazu nothwendig, die Grundsätze des römischen Rechtes darzustellen, sowohl über die Fälle, in welchen dasselbe Ehrlosigkeit oder Ehrenschmälerung eintreten läßt, als auch über die Wirkungen, welche es derselben beilegt.

Bei den Römern war die Fähigkeit zu dem Genusse aller Rechte, welche in dem ius civile begründet waren, dadurch bedingt, daß man sich im Besitze der Freiheit und des römischen Bürgerrechtes befand [4]). Diese durch Freiheit und römisches Bürgerrecht begründete Rechtsfähigkeit nannten die Römer existimatio, weil sie auf der Anerkennung des vollen Werthes beruhte, auf welchen überhaupt Jemand als Bürger des römischen Staates Anspruch haben konnte [5]). Zwar war nicht Jeder, der sich dieser existimatio zu erfreuen hatte, damit ohne Weiteres zu allen den Rechten fähig, welche in dem ius civile begründet waren, indem die Fä-

4) Darin besteht der status libertatis und status civitatis, welche, weil sie die wichtigsten waren, vorzugsweise status genannt werden. L. 1. §. 8. D. ad SC. Tertull. (38. 17.)

5) L. 5. §. 1. 2. 3. D. de extraordinariis cognition. (50. 13.)

higkeit zu manchen dieser Rechte außer der existimatio auch noch andere Eigenschaften der Person voraussetzte [6]); aber die ungeschmälerte existimatio war die Bedingung, damit Jemand, dem die übrigen erforderlichen Eigenschaften nicht abgingen, in den vollständigen Genuß dieser Rechte gelangen konnte. Da kein Unfreier das römische Bürgerrecht haben konnte, und da auf der anderen Seite nicht jeder Freie des römischen Bürgerrechtes theilhaftig war, so läßt sich dieses als die Grundlage oder als die Bedingung der römischen existimatio ansehen, sowie auch dieselbe mit dem römischen Bürgerrechte so unzertrennlich verbunden war, daß sie aus demselben als eine natürliche, sich von selbst verstehende Folge hervorging. Daher konnte von einer besonderen Erwerbung der existimatio keine Rede sein, da sie einem Jeden ohne Weiteres zustand, der das römische Bürgerrecht hatte [7]).

Da die existimatio nur ein Ausfluß des römischen Bürgerrechtes war, so ergibt sich daraus von selbst, daß sie nicht für gleichbedeutend genommen werden darf, mit der Ehre im allgemeinen Sinne, welche Jemandem theils wegen seiner Eigenschaft als Mensch, theils wegen seiner in sittlicher und bürgerlicher Hinsicht tadellosen Handlungsweise zugestanden wird. Diese allgemeine Ehre, welche natürlicher Weise unabhängig war von dem römischen Bürgerrechte, hatte vielmehr gar keine bestimmten rechtlichen Wirkungen. Man kann zwar nicht behaupten, daß der Begriff dieser allgemeinen Ehre und die Bedeutung, welche dieselbe in der Gesellschaft hat, den Römern fremd gewesen sei; aber diese Bedeutung war keine rechtliche, sondern beschränkte sich auf das Ansehen und Vertrauen, welches ehrenwerthes Handeln bei den übrigen Menschen immer nach sich zieht [8]). Die Ehre im allgemeinen Sinne und die existimatio hatten zwar

---

6) So sind die impuberes, furiosi und die Frauenzimmer in vielen Beziehungen zu Ausübung der Rechte unfähig, zu welchen nur die ungeschmälerte existimatio befähigt, ohne daß bei ihnen von einer Schmälerung der existimatio, in welcher der Grund ihrer Unfähigkeit läge, die Rede sein könnte, wie z. B. in L. 1. D. de his, qui notantur infam. (3. 1.) bei Aufzählung derjenigen, die unfähig sind, für Andere zu postuliren, zwischen denjenigen, qui casu — qui sexu — qui infamia prohibentur, unterschieden wird. Marezoll a. a. O. S. 12.

7) Marezoll a. a. O. S. 18.

8) Die Neueren sprechen hier häufig von einer infamia facti, im Gegensatze zur eigentlichen Infamie, welche sie infamia iuris nennen, welche in den weiter unten anzugebenden bestimmten Fällen eintrat und bestimmte rechtliche Wirkungen hatte. Allein die sogenannte infamia facti hat gar keine bestimmten rechtlichen Wirkungen, eben so wenig, als sich die Bedingungen, unter welchen sie eintreten sollte, bestimmt angeben lassen. Daher wäre es besser, den nicht quellenmäßigen Ausdruck infamia facti gar nicht zu gebrauchen, da er leicht dazu verleiten kann, ihm einen bestimmten rechtlichen Begriff, den er nicht hat, unterzulegen. Der schlechte Ruf, den Jemand hat, kann zwar in einzelnen Fällen in Betracht kommen, wie z. B. öffentliche Aemter einem solchen nicht leicht werden gegeben werden, oder wie seine Glaubwürdigkeit als Zeuge bedeutendem Zweifel unterliegen kann; allein solche dem Ermessen der höchsten Staatsgewalt oder des Richteramtes anheim gegebene Rücksichten können nicht für rechtliche Wirkungen angesehen werden. Savigny a. a. O. S. 187. — Auch wurden bei den Römern Personen, welche gewissen Ständen angehörten, oder welche gewisse Be-

insofern Berührungspunkte zusammen, als die Gründe, aus welchen die existimatio aufgehoben oder geschmälert wurde, oftmals zusammenfielen mit den Gründen, aus welchen auch die Ehre im allgemeinen Sinne verloren geht[9]); aber dennoch waren beide wesentlich verschieden, indem Jemandem, ungeachtet seines unbescholtensten Rufes und Ansehens dennoch keine existimatio zustand, wenn er nicht das römische Bürgerrecht hatte.

Da die existimatio Bedingung und Folge des römischen Bürgerrechtes war, so mußte sie nothwendig aufgehoben werden, wenn dieses aus irgend einem Grunde verloren ging. Das römische Bürgerrecht war aber insofern theilbar und eines theilweisen Verlustes fähig, als es die Fähigkeit zu dem Genusse einzelner verschiedener Rechte gewährte, und als Jemand der Fähigkeit zu einzelnen dieser Rechte verlustig werden konnte, ohne zu anderen Rechten, welche das Bürgerrecht mit sich brachte, unfähig zu werden[10]). Eine solche nur theilweise Fähigkeit zu den in dem Bürgerrechte liegenden Rechten, oder ein solches, zwar nicht aufgehobenes, aber gemindertes oder geschmälertes Bürgerrecht mußte aber auch eine entsprechende Minderung oder Schmälerung der existimatio zur Folge haben, da diese ein Ausfluß des Bürgerrechtes war, und also nur demjenigen ungeschmälert zustehen konnte, der sich im Besitze des vollen Bürgerrechtes befand. Die existimatio konnte also entweder gänzlich oder theilweise aufgehoben werden, je nachdem Jemand des Bürgerrechtes entweder gänzlich oder theilweise verlustig wurde.

Gänzliche Aufhebung der existimatio (consumtio existimationis) mußte eintreten, entweder wenn der römische Bürger seine Freiheit verlor, weil damit der Verlust des Bürgerrechtes von selbst verbunden war, oder wenn er seines Bürgerrechtes gänzlich verlustig wurde, ohne jedoch zugleich seine Freiheit zu verlieren. In beiden Fällen verlor der bisherige Bürger mit dem Bürgerrechte seine Bedeutung im römischen Staate, indem er aufhörte ein wirkliches Mitglied oder ein caput in demselben zu sein. Daher bedienten sich die römischen Juristen des Ausdrucks capitis deminutio magna, sowohl um den Verlust der Freiheit, als auch um den Verlust der Civität zu bezeichnen[11]), wobei sie, um die in dem Zustande

---

schäftigungen trieben, als viles, humiles und abjectae personae bezeichnet, ohne daß sich bestimmte rechtliche Wirkungen angeben lassen, welche allgemein und durchgreifend damit verbunden gewesen wären. Savigny a. a. O. S. 188.

9) Daher bedienen sich die Römer für die existimatio oftmals derselben Ausdrücke, durch welche auch die Ehre im allgemeinen Sinne bezeichnet wird, z. B. damnum famae pati, famae periculum subire, fama integra, illaesa, illibata, famae restitutio, integrae, bonae opinionis homines, opinionem amittere etc. Marezoll a. a. O. S. 18.

10) Marezoll a. a. O. S. 19.

11) L. 5. §. 3. D. de extraord. cognition. (50. 13.): Consumitur vero (existimatio) quoties magna capitis minutio intervenit. — L. 1. §. 4. D. de suis. (38. 16.) L. 1. §. 8. D. ad SC. Tertull. (38. 17.) Im Gegensatze dieser magna capitis minutio nennt Ulpian in L. 1. §. 4. cit. den geringsten Grad derselben, durch welchen ein römischer Bürger unbeschadet seiner Civität eine Veränderung in seinen bisherigen Familienverhältnissen erlitt, minor capitis deminutio, während dieselbe gewöhnlich minima genannt wird. Vgl. die folgende Note.

des Bürgers eingetretene Veränderung ſpecieller zu bezeichnen, wieder zwiſchen capitis deminutio maxima und zwiſchen c. d. media unterſcheiden, je nachdem mit dem Bürgerrechte zugleich die Freiheit, oder je nachdem jenes ohne dieſe verloren wurde [12]). Beide Arten der capitis deminutio hatten zwar inſofern weſentlich verſchiedene Wirkungen, als durch die capitis deminutio maxima Bürgerrecht und Freiheit zuſammen, durch die capitis deminutio media dagegen nur das Bürgerrecht ohne die Freiheit verloren wurde; aber in Anſehung ihres Einfluſſes auf die existimatio kamen beide unter einander überein, indem dieſelbe durch die eine ſowohl, als durch die andere gänzlich aufgehoben wurde. Denn die Freiheit war mit der existimatio an und für ſich nicht nothwendig verbunden, indem dieſe den Peregrinen, obgleich ſie frei waren, nicht zukam, ſo daß, wenn die capitis deminutio verſchiedene Wirkungen hatte, je nachdem ſie maxima oder media war, dieſe Verſchiedenheit nicht einer verſchiedenen Aufhebung der existimatio, ſondern nur dem Umſtande zugeſchrieben werden darf, daß bei der einen die Freiheit verloren, bei der anderen dagegen behalten wurde.

Die existimatio wurde alſo gänzlich aufgehoben durch jedes Ereigniß, durch welches entweder Freiheit oder Civität verloren ging. Die Freiheit konnte verloren werden, theils durch Kriegsgefangenſchaft, nach deren Beendigung jedoch der Befreite durch das ius postliminii in ſeine vorigen Rechte wieder eingeſetzt werden konnte [13]), theils zur Strafe, indem außer der Todesſtrafe, welche Verluſt der Freiheit von ſelbſt nach ſich zog, manche Strafen, namentlich die damnatio ad bestias und die damnatio ad metalla den Sträfling zum servus poenae machten [14]). Das Bürgerrecht ohne die Freiheit konnte theils freiwillig aufgegeben, theils ebenfalls zur Strafe verloren werden, indem andere Strafen, namentlich die aquae et ignis interdictio, die deportatio und die datio in opus publicum, inſofern ſie in perpetuum geſchah, die Folge hatten, dem Verurtheilten die Civität zu entziehen [15]). Alle dieſe Ereigniſſe hatten, weil ſie den Verluſt des Bürgerrechtes mit ſich brachten, auf die existimatio den gleichmäßigen Einfluß, daß dieſelbe gänzlich aufgehoben wurde [16]).

Wie das Bürgerrecht und die existimatio in unzertrennlichem Zuſammenhange miteinander ſtanden, ſo hatte auch die gänzliche Aufhebung dieſer an und für ſich keine andere Wirkung, als die Fähigkeit zu allen den Rechten zu entziehen, zu deren Genuſſe das Bürgerrecht befä-

---

12) L. 11. D. de capite minutis (4. 5.): Capitis deminutionis tria genera sunt: maxima, media, minima. Tria enim sunt, quae habemus, libertatem, civitatem, familiam.

13) §. 5. J. quib. mod. ius potest. solv. (1. 12.)

14) L. 8. §. 4. L. 28. pr. L. 29. L. 36. D. de poenis. (48. 19.) L. 6. §. 6. D. de iniusto testamento. (28. 3.)

15) §. 2. J. de capitis deminutione. (1. 16.) L. 17. §. 1. D. de poenis. (48. 19.) L. 15. D. de interdictis et relegat. (48. 22.)

16) In allen dieſen Fällen entſchied nur die Art der Strafe, zu welcher Jemand verurtheilt wurde, ohne Unterſchied, ob die Verurtheilung auf den Grund einer lex iudiciorum publicorum, oder extra ordinem erfolgte. L. 12. D. de poenis. (48. 19.)

higte. Dieſe Rechte waren aber zweifacher Art, theils öffentlichrechtlicher, theils privatrechtlicher Natur. Die öffentlichrechtlichen Rechte, welche das Bürgerrecht gewährte, beſtanden in dem Rechte der Theilnahme an den Volksverſammlungen und in der Fähigkeit zu römiſchen Magiſtraturen (suffragium et honores), indem den Latinen und den Peregrinen dieſe Vorzüge nicht zuſtanden [17]). Die privatrechtlichen Rechte, deren diejenigen, welche das römiſche Bürgerrecht nicht hatten, unfähig waren, laſſen ſich auf zwei Hauptclaſſen zurückführen, welche von den Römern durch die Kunſtausdrücke connubium und commercium bezeichnet wurden [18]). Connubium bedeutete die Fähigkeit zu einer nach dem ius civile giltigen Ehe, welche die in demſelben beſtimmten Folgen der Ehe nach ſich zog [19]). Dieſe Folgen waren aber der wichtigſten Art, da nur durch eine nach dem ius civile giltige Ehe die väterliche Gewalt begründet werden konnte. Von der väterlichen Gewalt war aber die Möglichkeit römiſcher Verwandtſchaft, und von dieſer wiederum die alte Inteſtaterbfolge abhängig, ſo daß der Verluſt des römiſchen Bürgerrechtes und die damit zuſammenhängende gänzliche Aufhebung der existimatio Unfähigkeit zu allen dieſen Rechten nach ſich ziehen mußte [20]). Commercium bezeichnete die Fähigkeit, Vermögensrechte nach dem ius Quiritium zu erwerben oder zu übertragen, und war für viele vermögensrechtliche Verhältniſſe von Bedeutung [21]). Denn darnach waren die Nichtbürger, denen das commercium abging, des vollſtändigen römiſchen Eigenthums unfähig, indem ſie zu den civilrechtlichen Veräußerungs- und Erwerbsarten deſſelben, der mancipatio, der in iure cessio, der Uſucapion und der ſtrengen Vindication unfähig waren [22]). Ebenſo waren ſie unfähig zu den im ius civile begründeten Obligationen [23]) und zu der testamenti factio, ſo daß ſie weder ein Teſtament oder einen Codicill errichten, noch zu Erben, Legataren oder Fideicommiſſaren ernannt werden, oder auch nur als Zeugen bei einem letzten Willen dienen konnten [24]). Da aber das commercium mit den aus denſelben entſpringenden Rechten nur denjenigen zuſtand, welche das römiſche Bürgerrecht hatten, ſo mußte der Verluſt deſſelben und die dadurch bedingte gänzliche Aufhebung der existimatio auch Unfähigkeit zu allen dieſen Rechten bewirken.

Der Verluſt des Bürgerrechtes und die gänzliche Aufhebung der existimatio machte aber an und für ſich nicht unfähig, in diejenigen Rechtsverhältniſſe einzutreten, welche im ius gentium begründet waren. Vielmehr hatte dieſer Verluſt als ſolcher nur die Wirkung, den Bürger

---

17) Savigny a. a. O. S. 46.
18) Savigny a. a. O. S. 26.
19) Ulpian, tit. 5. §. 3.
20) Savigny a. a. O. S. 27.
21) Ulpian, tit. 19. §. 4. 5.
22) Savigny a. a. O.
23) Caius, III. §. 93. 94.
24) Ulpian, tit. 20. §. 8. 14. tit. 22. §. 1. 2. tit. 25. §. 4. 6. Caius, II. §. 285. L. 3. 8. 9. 11. 13. 19. qui test. (28. 1.) L. 6. §. 3. L. 8. §. 2. D. de iure codicill. (29. 7.) L. 49. §. 1. D. de hered. inst. (28. 5.) §. 24. J. de legat. (2. 20.) §. 6. J. de test. ord. (2. 10.)

in die Claſſe der Peregrinen zu verſetzen, und ihn dieſen in Anſehung ſeiner Rechtsfähigkeit gleichzuſtellen[25]). Daher war die Ehe, in welcher Jemand nach gänzlichem Verluſte ſeiner existimatio ſtehen konnte, zwar kein matrimonium iustum nach dem ius civile, aber doch immer wirkliche Ehe, durch welche Verwandtſchaft nach dem ius gentium begründet wurde, ſo wie er auch, ungeachtet ihm das commercium abging, Vermögensrechte nach dem ius gentium zu erwerben und zu beſitzen im Stande war[26]). Im römiſchen Rechte iſt zwar regelmäßig mit den Strafen, in deren Folge Civität und existimatio verloren werden, Confiscation des geſammten Vermögens verbunden[27]), weßhalb auch dieſe Strafen häufig dem Tode gleichgeſtellt und Capitalſtrafen genannt werden[28]); die Confiscation iſt dabei nicht Folge des Verluſtes der Civität und der existimatio, ſondern lediglich der Strafen, welche dieſen Verluſt nach ſich ziehen, indem das Vermögen nicht verloren geht, wenn Civität und existimatio aus anderen Gründen, als zur Strafe, aufgehoben werden. Eben ſo traten für denjenigen, der mit dem Bürgerrechte und der existimatio zugleich ſeine Freiheit verlor, andere Folgen ein, als für denjenigen, der frei blieb; aber dieſelben entſprangen nicht aus dem Verluſte des Bürgerrechtes und der existimatio, ſondern eben aus dem Verluſte der Freiheit.

Außer der wirklichen Aufhebung der existimatio kennt das römiſche Recht noch Schmälerungen derſelben. Denn das römiſche Bürgerrecht, die Grundlage und Bedingung der existimatio, war, wie ſchon bemerkt worden iſt, inſofern theilbar, als es zu verſchiedenen einzelnen Rechten befähigte, und als dieſe Fähigkeit Jemandem in Anſehung eines Theiles dieſer Rechte abgehen, hinſichtlich des übrigen Theiles dagegen zukommen konnte. Im Beſonderen laſſen ſich, wie angegeben worden, die Rechte, zu welchen das Bürgerrecht befähigte, in zwei Claſſen unterſcheiden, deren eine, suffragium und honores, dem öffentlichen Rechte, die andere, connubium und commercium, dem Privatrechte angehörte. Das volle Bürgerrecht und die in ihm liegende ungeſchmälerte existimatio gewährte die Fähigkeit zu beiden Claſſen dieſer Rechte, ſo wie umgekehrt gänzlicher Verluſt des Bürgerrechtes und die existimatio Unfähigkeit zu dieſen beiden Claſſen bewirkte. In Folge mancher Handlungen ließ aber das römiſche Recht nur Unfähigkeit zu der einen Claſſe dieſer Rechte eintreten, ohne zugleich die Fähigkeit zu der anderen Claſſe aufzuheben. Es lag darin keine gänzliche, ſondern nur eine theilweiſe Aufhebung des Bürgerrechtes und der existimatio, da die gänzliche Aufhebung Unfähigkeit zu beiden Claſſen hätte nach ſich ziehen müſſen. Von dieſen beiden Claſſen der in dem Bürgerrechte liegenden Rechte war aber diejenige, welche dem öffentlichen Rechte angehörte, offenbar wenigſtens in-

---

25) Ueber die zwiſchen cives und Peregrinen ſtehende Mittelclaſſe der Latini vgl. Savigny a. a. O. S. 41 flg.

26) Savigny a. a. O. S. 40.

27) Vgl. darüber vorzüglich Savigny a. a. O. S. 71, Note 6.

28) L. 209. D. de R. J. (50. 17.) L. 59. §. 2. D. de condit. (35. 1.) L. 5. pr. D. de bonis damnat. (48. 20.) L. 1. §. 8. D. de bonor. poss. contra tabul. (37. 4.) L. 4. §. 2. D. de bonis libert. (37. 14.)

sofern die wichtigste, als dem Staate daran gelegen sein mußte, daß die in diese Classe gehörigen Rechte, so lange sie der römischen Staatsverfassung zufolge überhaupt von wirklicher Bedeutung waren, nur von solchen Staatsbürgern ausgeübt wurden, deren Charakter unzweifelhaft als tüchtig und ehrenwerth gelten konnte. Daher ist es begreiflich, daß es im römischen Rechte mit der Würdigkeit zur Ausübung dieser Rechte strenger genommen wurde, als in Ansehung derjenigen in dem Bürgerrechte liegenden Rechte, welche nur privatrechtlicher Natur waren, oder mit anderen Worten: daß Jemandem in gewissen Fällen zwar suffragium und honores, nicht aber connubium und commercium abgesprochen wurden.

Im römischen Rechte waren aber zwei Einrichtungen zu diesem Zwecke getroffen, die Gewalt der Censoren nämlich und die infamia.

Was zuvörderst die Gewalt der Censoren betrifft, so hatten dieselben eine gewisse polizeiliche Oberaufsicht über die Sitten auszuüben, um durch dieselbe darüber zu wachen, daß die politischen Rechte, welche an und für sich dem Staatsbürger zustanden, nicht zum Nachtheile des Ganzen von Solchen ausgeübt würden, welche sich durch unsittliche oder unehrenwerthe Handlungsweise derselben unwürdig gemacht hatten. Daher stand den Censoren das Recht zu, öffentlichen Tadel über Jemanden auszusprechen, indem sie seinem Namen in den Bürgerlisten eine nota censoria anhingen, oder ihn aus dem Senate oder Ritterstande auszustoßen, oder in eine geringere Tribus zu versetzen, oder aus allen Tribus auszustoßen und ihn dadurch seines Stimmrechtes gänzlich zu entsetzen [29]). Eine solche gegen Jemanden verhängte censorische Maßregel enthielt immer eine Schmälerung seiner existimatio in sich, da sie ihn in der Ausübung der ihm sonst zustehenden politischen Rechte beeinträchtigte. Die Censoren waren bei Anwendung dieser Maßregeln nicht an feste gesetzliche Regeln gebunden, indem sie auch in Folge solcher Handlungen, die nicht gerade gesetzlich verboten waren, lediglich nach ihrem Ermessen und Gewissen die nota censoria oder andere Maßregeln verhängen konnten. Daher waren diese censorischen Schmälerungen der existimatio, wie sie nicht auf eine feste gesetzliche Regel, sondern nur auf censorisches Ermessen gegründet waren, auch nicht von sicherer Dauer, indem sie nicht allein von demselben Censor, der sie verhängt hatte, sondern auch von den nachfolgenden Censoren, so wie durch Richtersprüche und Volksschlüsse wieder aufgehoben und entkräftet werden konnten.

Dagegen beruhte die infamia auf festen gesetzlichen Regeln, und war deßwegen von lebenslänglicher Dauer. Die einzelnen Fälle, in welchen Infamie eintrat, waren verschiedener Art. Sie kommen aber alle darin überein, daß Jemand nur in Folge einer von ihm selbst begangenen Handlung, welche seinen Charakter in einem schlechten Lichte erscheinen lassen mußte, mit Infamie belegt werden konnte [30]). Namentlich traf die In-

29) Vgl. im Allgemeinen über das Verhältniß der censorischen Gewalt zur Infamie Savigny a. a. O. S. 196 flg.

30) Die einzige Ausnahme bildet die auf keinem vernünftigen Grunde beruhende Bestimmung in L. 5. §. 1. C. ad leg. Iul. maiest. (9. 8.), in welcher auch die Söhne der Hochverräther für ehrlos erklärt werden.

Digitized by Google

famie Jeden, der wegen eines Criminalverbrechens, das in einer lex iudiciorum publicorum mit Strafe bedroht war, verurtheilt worden war[31]). Die Verurtheilung wegen eines crimen extraordinarium zog der Regel nach keine Infamie nach sich; dagegen hatte die Verurtheilung wegen einiger Privatdelicte, namentlich wegen Diebstahles, Raubes, Injurien und Betruges, Infamie zur Folge, mochte die Verurtheilung in privato iudicio blos auf die Privatstrafe lauten, oder mochte wegen des Privatdelictes extra ordinem eine öffentliche Strafe erkannt werden[32]). Selbst in einigen obligatorischen Verhältnissen, welche vorzugsweise auf persönliches Vertrauen gegründet waren, ließ das römische Recht den Verurtheilten infam werden. Namentlich sollte der in Folge der actio pro socio, tutelae, mandati und depositi Verurtheilte infam werden[33]). Der Regel nach sollte die Infamie hier nur in Folge der directa actio erfolgen, indem die contraria actio nur ausnahmsweise, wenn dem Verurtheilten eine besondere Unredlichkeit nachgewiesen werden konnte, die Wirkung hatte, demselben infamia zuzuziehen[34]). Dabei ist es nicht unbestritten, ob die Infamie eintrat in Folge jeder Verurtheilung, welche auf die aus einem dieser Obligationsverhältnisse angestellte actio directa erfolgte, oder ob der Verurtheilte nur in dem Falle infam wurde, da er sich dolus oder diesem gleichkommende culpa lata hatte zu Schulden kommen lassen. Während viele Stellen Jeden für infam erklären, der pro socio, tutelae, mandati oder depositi verurtheilt würde, ohne ausdrücklich zu bemerken, daß dabei die Unredlichkeit des Verurtheilten der Grund, und mithin auch die Bedingung seiner Infamie sei[35]), wird in anderen Stellen ausdrücklich dieser Grund als Bedingung der Infamie bezeichnet[36]). Für die strengere Meinung, welche, ohne Rücksicht auf eigentlichen dolus, in Folge jeder Verurtheilung Infamie eintreten lassen will, pflegt man sich darauf zu berufen, daß lediglich der Umstand, daß der Verurtheilte bei diesen Obligationsverhältnissen nicht freiwillig gezahlt, sondern es überhaupt zum Prozesse habe kommen lassen, eine temeritas litigandi sei, welche dem dolus nahe komme, und die Strafe der Infamie wohl verdient habe[37]). Allein dagegen ist doch zu bedenken, daß bei diesen Obligationsverhältnissen auch Fälle vorkommen können, in welchen es nicht die Schuld des in Folge der actio directa Verurtheilten war, daß es zum Prozesse kam, wenn z. B. der Mandatar sich ein leichtes Versehen

---

31) L. 7. D. de public. iud. (48. 1.)

32) L. 7. D. cit. Dabei machte es keinen Unterschied, ob das Privatdelict seinen gewöhnlichen Namen behielt (furtum, iniuria), oder ob es unter einem besonderen Namen expilata hereditas, stellionatus), als crimen extraordinarium verfolgt wurde. Savigny a. a. O. S. 175 flg. Marezoll a. a. O. S. 132 flg.

33) §. 2. J. de poena temere litigant. (4. 16.) L. 1. D. de his, qui not. inf. (3. 2.)

34) L. 6. §. 5. 7. D. de his, qui not. inf. (3. 2.)

35) S. die in Note 33 angef. Stellen.

36) L. 6. §. 5. 6. 7. D. de his, qui not. inf. (3. 2.) L. 22. C. ex quib. caus. (2. 12.)

37) Marezoll a. a. O. S. 148 flg.

hatte zu Schulden kommen lassen, und es zum Prozesse kommen lassen mußte, weil er sich nicht zu den auch im Urtheile für übertrieben anerkannten Ansprüchen, welche der Mandant darum gegen ihn erhoben, hatte verstehen wollen [38]). Sicherlich kann man nicht annehmen, daß das römische Recht in einem solchen Falle den zu einer ermäßigten Summe verurtheilten Mandatar habe infam werden lassen.

In den bisher genannten Fällen ließ das römische Recht die Infamie nicht eintreten unmittelbar in Folge der Handlung, welche Jemand begangen, sondern erst nachdem er wegen dieser Handlung gerichtlich verurtheilt war. Bei der Verurtheilung wegen eines Privatdelictes, oder in Folge eines der angegebenen Obligationsverhältnisse mußte die Verurtheilung überdieß auf den eigenen Namen des Verurtheilten lauten, wenn Infamie eintreten sollte, so daß der Beklagte, wenn er den Prozeß durch einen Procurator führen ließ, auf dessen Namen alsdann die Verurtheilung lautete, die Infamie vermeiden konnte [39]). Die Neueren bedienen sich zur Bezeichnung der bisher angegebenen Fälle der Infamie, in welchen dieselbe nicht anders als in Folge richterlicher Verurtheilung eintrat, in der Regel des Ausdruckes **infamia mediata**, im Gegensatze zu einigen anderen Fällen, in welchen sie von **infamia immediata** sprechen, weil in denselben das Eintreten der Infamie nicht von einem richterlichen Urtheile abhängig war, sondern unmittelbar nach der begangenen Handlung erfolgte [40]). Die einzelnen Fälle dieser sogenannten unmittelbaren Infamie sind folgende: 1) für den Soldaten, der schimpflich aus dem Heere gestoßen wurde [41]); 2) für Alle, welche Geld gegeben hatten, um dadurch die Klage wegen eines Privatdelictes von sich abzuwenden, da in einem solchen Paciscren füglich ein Eingeständniß des Delictes gefunden werden konnte [42]); 3) für denjenigen, der einem beschworenen Vergleiche oder einem beschworenen **pactum de non petendo** in irgend einer Weise entgegenhandelt [43]); 4) für Wucherer und diejenigen, welche Zinsen von Zinsen nahmen [44]); 5) für die auf der That betretenen Ehebrecherinnen [45]); 6) für öffentliche Huren, Kuppler und Kupplerinnen, so wie auch für Männer, welche sich zu Unzucht gebrauchen lassen [46]); 7) für denjenigen,

---

38) Savigny a. a. O. S. 178.

39) L. 6. §. 2. D. de his, qui not. inf. (3. 2.) L. 2. pr. D. de obseq. (37. 15.) Auch der verurtheilte Procurator wurde nicht infam. Wenn dagegen wegen eines Privatdelictes extra ordinem auf öffentliche Strafe geklagt wurde, konnte die Bestellung eines Procurators zur Abwendung der Infamie nichts helfen, da im Criminalprozesse überhaupt kein Procurator zulässig war. Marezoll a. a. O. S. 167.

40) Gegen den Gebrauch dieser allerdings nicht quellenmäßigen, aber allgemein herkömmlichen Terminologie erklärt sich Savigny a. a. O. S. 187.

41) L. 1. L. 2. pr. §. 1—4. D. de his, qui not. inf. (3. 2.) L. 3. C. de re milit. (12. 36.)

42) L. 4. §. 5. D. de his, qui not. inf. (3. 2.)

43) L. 41. C. de transaction. (2. 4.)

44) L. 20. C. ex quib. caus. (2. 12.)

45) L. 43. §. 12. D. de ritu nupt. (23. 2.)

46) L. 1. L. 4. §. 2. L. 24. D. de his, qui not. inf. (3. 2.) L. 43.

der gleichzeitig mehrere Ehen oder Verlöbnisse eingeht, ingleichen für den Vater, der seine Einwilligung dazu gegeben hatte[47]); 8) für denjenigen, der sich mit einer Frau verheurathete oder verlobte, von welcher er wußte, daß er sie nicht heurathen durfte[48]); 9) für die Wittwe, welche innerhalb des Trauerjahres wieder heurathete, so wie auch für den Vater derselben, der seine Einwilligung dazu gab, und für den Mann, der sie heurathete, wenn ihm das Verhältniß bekannt war, und er nicht etwa blos auf Befehl seines Vaters handelte[49]); 10) für Tutoren und Curatoren, welche vor abgelegter Rechnung und vor abgelaufener Restitutionsfrist ihre Mündel heurathen, oder dieselbe einem ihrer Söhne zur Ehe geben[50]); 11) für diejenigen, welche als Schauspieler öffentlich aufgetreten waren, oder sich zu Thierkämpfen entweder vermiethet oder unentgeltlich hergegeben hatten[51]); 12) für den Richter, der sich hatte bestechen lassen, oder überhaupt absichtlich ungerecht verfahren war[52]), so wie auch die Advocaten und Parteien im Prozesse in einzelnen Fällen wegen pflichtwidrigen oder ungebürlichen Benehmens mit Infamie belegt werden konnten[53]).

Was nun die rechtlichen Wirkungen der Infamie betrifft, so ist schon angedeutet worden, daß dieselben, so lange der römischen Verfassung zufolge überhaupt von politischen Rechten des Einzelnen die Rede sein konnte, hauptsächlich die in dem Bürgerrechte enthaltenen politischen Rechte betrafen, obgleich damit nicht ausgeschlossen ist, daß die Infamie auch in einigen privatrechtlichen Beziehungen von Einfluß war. Namentlich bewirkte die Infamie Verlust der honores, so daß der Infamirte unfähig wurde, irgend eine höhere politische Stellung (dignitas) einzunehmen. In derselben Weise zog die Infamie Verlust des suffragium nach sich, indem der Infamirte aus allen Tribus ausgestoßen und unter die Aerarier versetzt wurde. Darnach bestand die vorzüglichste Wirkung der Infamie darin, die politische Hälfte der Civität aufzuheben, so daß dieselbe insofern als eine halbe capitis deminutio media angesehen werden konnte[54]). Dieser Einfluß der Infamie auf die politischen Rechte des Bürgers, wodurch sie gewissermaßen zu einer wirklichen Capitalsache wurde, konnte freilich nur so lange von wirklicher Bedeutung sein, als der römischen Verfassung zufolge diese politischen Rechte selbst von wirklicher Bedeutung

---

pr. §. 1—9. D. de ritu nupt. (23. 2.) L. 1. §. 6. D. de postulando. (3. 1.) L. 31. C. ad leg. Iul. de adult. (9. 9.)

47) L. 1. L. 13. §. 1—5. D. de his, qui not. inf. (3. 2.)

48) L. 20. C. ex quib. caus. (2. 12.)

49) L. 1. pr. L. 11. §. 1. 3. 4. L. 12. 13. pr. D. de his, qui not. inf. (3. 2.) L. 15. C. ex quib. caus. (2. 12.) Nov. 39. cap. 2. §. 1.

50) L. 66. D. de ritu nupt. (23. 2.) L. 7. C. de interd. matrim. (5. 6.)

51) L. 1. L. 2. §. 5. L. 3. L. 4. pr. §. 1. D. de his, qui not. inf. (3. 2.) L. 1. §. 6. D. de postul. (3. 1.)

52) L. 2. C. de poena iudic., qui male iudicav. (7. 49.)

53) Vgl. über diese Fälle Marezoll a. a. O. S. 194 flg.

54) Ueber die hauptsächlich publicistische Bedeutung der Infamie vgl. Savigny a. a. O. S. 198 flg.

waren [55]). In der Kaiſerzeit, wo dieſe Bedeutung bei der veränderten Verfaſſung dahingeſchwunden war, mußte auch die angedeutete capitale Bedeutung der Infamie untergehen, indem ſie nur noch wegen einiger privatrechtlicher Nebenwirkungen von Wichtigkeit bleiben konnte.

Unter dieſen privatrechtlichen Nebenwirkungen war die wichtigſte, daß es nach dem Edicte des Prätor den Infamen im Allgemeinen unterſagt war, für Andere zu poſtuliren, d. h. vor ſeinem Tribunal für Andere Anträge zu machen [56]). Nur für ſich ſelbſt oder für ſolche Perſonen, die mit ihnen in einem beſonders nahen Verhältniſſe ſtänden, ſollten die Infamen vor dem Prätor Anträge machen dürfen [57]). Dieſe Beſtimmung war getroffen, theils aus Rückſicht auf die Würde des Prätors, damit demſelben nicht ohne Noth und willkürlich ehrloſe Menſchen vor Augen geſtellt würden [58]), theils auch aus Rückſicht auf den Prozeßgegner, welchem ebenfalls nicht willkürlich zugemuthet werden ſollte, ſich mit einem Infamen in einen Prozeß einzulaſſen [59]). Durch eine Verordnung Juſtinian's wurde indeſſen die procuratoria exceptio, durch welche der Gegner den Infamen zurückweiſen konnte, der vor dem Prätor für einen Anderen auftrat, aufgehoben, ſo daß es fortan nur der Obrigkeit überlaſſen blieb, den Infamen, der für Andere poſtulirte, zurückzuweiſen.

Eine andere Wirkung beſtand darin, daß durch ſie in Anſehung der Fähigkeit, eine Ehe einzugehen, eine Beſchränkung herbeigeführt wurde. In der lex Iulia et Papia Poppaea wurde zuerſt für die Senatoren und deren männliche und weibliche Nachkommen das Verbot aufgeſtellt, mit Freigelaſſenen und gewiſſen einzeln aufgeführten verächtlichen Perſonen eine Ehe einzugehen. In ähnlicher Weiſe wurde in dieſem Geſetze auch

---

55) Daher ſagt Cicero, pro Roscio cap. 6, und pro Quinctio cap. 8, 9, 13, 15, 22, von mehreren der Fälle, in welchen Infamie eintrat, ſie ſeien eine capitis causa, ſowie auch Modeſtin in L. 130. D. de V. S. (50. 16.) bezeugt, daß die claſſiſchen Schriftſteller jene Sache eine capitalis causa nennen, in welcher es ſich um die existimatio handele, während jetzt nur diejenigen Sachen Capitalſachen ſeien, in welchen es ſich um Verluſt des Lebens oder der Civität handele. Dieſe Veränderung des Begriffes und Sprachgebrauches hatte ihren Grund nur darin, daß in der Kaiſerzeit die politiſchen Rechte, deren die Infamie verluſtig machte, ihre Bedeutung verloren hatte. Vgl. Savigny a. a. O. S. 209 u. 213.

56) L. 1. §. 8. D. de postulando. (3. 1.) Durch dieſe Beſtimmung bekam der Prätor überhaupt Veranlaſſung, ein Verzeichniß der Infamen aufzuſtellen, weßhalb auch der Titel: de his, qui notantur infamia, unmittelbar hinter dem Titel de postulando folgt. Daß der Prätor den Begriff der infamia erſt gebildet habe, wie häufig behauptet wird, iſt unrichtig, indem er denſelben vielmehr als einen längſt vorhandenen vorfand, und nur bei der Beſtimmung über diejenigen, die das Recht haben ſollten für Andere zu poſtuliren, in Anwendung brachte. Vgl. darüber Savigny a. a. O. S. 192 flg.

57) Einige infame Perſonen, welche turpitudine notabiles genannt werden, wie die muliebria passi, die capitalis criminis damnati und diejenigen, die ſich zu Thierkämpfen vermiethet hatten, ſollten nur für ſich ſelbſt, und nicht auch für die ihnen nahe verbundenen Perſonen poſtuliren dürfen. L. 1. §. 5. 8. D. de postulando. (3. 1.)

58) L. 1. pr. D. de postulando. (3. 1.)

59) Savigny a. a. O. S. 217.

allen freigeborenen Männern verboten, mit gewissen verächtlichen Frauen, welche ebenfalls einzeln aufgeführt waren, und nur zum Theil zusammenfielen mit den Personen, mit welchen auch den Senatoren die Ehe verboten war, eine Ehe abzuschließen [60]). Durch spätere Interpretation der Juristen wurden diese Eheverbote in der Weise generalisirt, daß sie auf den allgemeinen Begriff der infamia zurückgeführt und auf alle für infam geltenden Personen bezogen wurden [61]). Die Wirkung, welche diese Eheverbote hatten, bestand nicht darin, daß die dennoch eingegangene Ehe nichtig war, sondern nur darin, daß dieselbe nicht die Vortheile gewähren sollte, welche den Verehelichten sonst zukamen, oder mit anderen Worten, daß durch dieselbe die Strafen des Cölibates nicht abgewendet werden sollten. Erst durch einen Senatsschluß unter Marc Aurel wurde die von den Senatoren wider das Verbot eingegangene Ehe für nichtig erklärt, während in Ansehung der von den Freigeborenen verbotswidrig eingegangenen Ehen nichts dadurch verändert wurde [62]). Im neuesten römischen Rechte verlor aber das ganze Eheverbot sowohl in Ansehung der Senatoren, als auch der Freigeborenen seine Bedeutung. Denn jener auf die Senatoren bezügliche Senatsbeschluß wurde von Justinian gänzlich aufgehoben [63]), so wie die Wirkung, welche die von Freigeborenen verbotswidrig eingegangenen Ehen hatten, hinwegfallen mußten, als durch Gesetze christlicher Kaiser die Cölibatsstrafen allgemein aufgehoben wurden [64]).

Als weitere Folge der Infamie wird gewöhnlich noch angeführt, daß die Geschwister des Testirers nur alsdann die querela inofficiosi testamenti anstellen können, wenn der ihnen vorgezogene Erbe eine infame Person sei [65]). Allein in dem hierauf bezüglichen Gesetze wird die Infamie in ihrem bestimmt begrenzten Begriffe gar nicht als das entscheidende Moment hervorgehoben, auf welches es dabei ankomme [66]). Denn in diesem Gesetze wird die querela inofficiosi testamenti den Geschwistern nicht allein gegeben, wenn infame Personen, sondern auch wenn solche

---

60) Ulpian, XIII. §. 1. 2.

61) Dieß gab die Veranlassung, daß die Infamie auch auf Frauen bezogen wurde, mit der Bedeutung, daß sie dieselben unfähig machte, mit freigeborenen Männern, oder mit Senatoren und deren Söhnen eine Ehe einzugehen. Denn die publicistische Bedeutung der Infamie, in welcher sie der politischen Rechte verlustig machte, konnte auf Frauen ohnehin keine Anwendung finden. Vergl. Savigny, Lehrbuch, Bd. 2, Beilage 7, Nr. 1 u. 2.

62) Savigny a. a. O. Beilage 7, Nr. 3 u. 4.

63) Nov. 117. cap. 6.

64) Tit. C. de infirmandis poenis coelib. (8.58.) Savigny a. a. O. Beilage 7, Nr. 5 flg.

65) S. unter Anderen Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes, Bd. 1, §. 191.

66) L. 27. C. de inofficioso testam. (3. 28.): ...consanguinei autem, durante agnatione vel non, contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso quaestionem movere possunt, si scripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adspergantur, vel liberti, qui perperam et non bene merentes maximisque beneficiis suum patronum assecuti, instituti sunt.

Personen, die überhaupt in schlechtem Rufe stehen, zu Erben eingesetzt sind. Der Grund dieser Bestimmung liegt darin, daß es für die Geschwister etwas Verletzendes hat, wenn ihnen Personen dieser Art im Testamente vorgezogen werden. Auch gegen Freigelassene stand ihnen die Inofficiositätsquerel zu, wenn dieselben sich nicht besondere Verdienste um den Verstorbenen erworben hatten, weil es alsdann für die Geschwister nicht verletzend sein konnte, ihnen im Testamente hintangesetzt zu sein. Keines Falles war es also eigentlich eine rechtliche Folge der Infamie, sondern die Rücksicht auf das Verletzende, welches möglicher Weise für die Geschwister darin lag, daß ihnen eine infame Person vorgezogen wurde, weßhalb von ihnen die Inofficiositätsquerel gegen Infame angestellt werden konnte. Zuverlässig kam es dabei auf das richterliche Ermessen an, ob im einzelnen Falle für die Geschwister etwas Verletzendes darin lag, daß ihnen bei der Erbeinsetzung eine andere Person vorgezogen worden war, wie es denn auch nicht gerade nothwendig eine infame Person, sondern überhaupt nur eine Person von schlechtem Rufe zu sein brauchte, gegen welche die Inofficiositätsquerel sollte angestellt werden können. Es kann also die Statthaftigkeit der Inofficiositätsquerel gegen die Infamen gar nicht für eine eigentliche Folge der Infamie ausgegeben werden [67]).

Häufig wird es noch als Folge der Infamie angegeben, daß die Infamen unfähig seien, Zeugniß abzulegen, sowohl vor Gericht als bei feierlichen Rechtsgeschäften [68]). Im vorjustinianischen Rechte waren allerdings einzelne Arten der Infamen gänzlich vom Zeugnisse ausgeschlossen [69]), während dagegen in Ansehung der übrigen nicht ausdrücklich ausgeschlossenen Infamen dem richterlichen Ermessen überlassen blieb, wie weit das Zeugniß derselben Glauben und Berücksichtigung verdiene [70]). Dagegen hat Justinian zwar verordnet, daß überhaupt nur Solche zu Zeugen genommen werden sollen, welche von gutem Rufe seien und durch ihre Stellung und Reichthümer Bürgschaft für die Wahrheit ihres Zeugnisses bieten [71]). Offenbar aber kann nicht angenommen werden, daß Justinian bei dieser Vorschrift den bestimmten juristischen Begriff der Infamie im Auge gehabt habe, so daß, da diese Vorschrift ihrem wörtlichen Inhalte nach überdieß ganz unausführbar sein würde, wohl nichts Anderes mit derselben gemeint sein kann, als daß der Richter nach seinem Ermessen zu entscheiden habe, ob und wie weit einem Zeugen im einzelnen Falle Glaubhaftigkeit beigemessen werden könne [72]).

Fragt man nun, ob von diesen Bestimmungen des römischen Rechtes über existimatio und deren gänzlichen oder theilweisen Verlust heutzutage noch etwas praktisch sein könne, so wird die Antwort kaum anders als verneinend ausfallen können. Schon in der Kaiserzeit waren diese

---

67) Vgl. Savigny a. a. O. S. 222.
68) Vgl. unter Anderen Linde, Lehrbuch des Civilprozesses (4. Auflage), §. 258.
69) L. 3. §. 5. D. de testibus. (22. 5.)
70) L. 3. pr. §. 1. L. 13. D. eod.
71) Nov. 90. c. 1.
72) Vgl. Savigny a. a. O. S. 221 flg.

Bestimmungen nicht eben mehr von großer Bedeutung. Denn der Verlust der politischen Rechte, der mit dem Verluste der Civität, so wie mit den Schmälerungen der existimatio durch censorische Rüge oder Infamie verbunden war, konnte nur in einem Freistaate, nicht aber noch unter der Kaiserverfassung, nach welcher auch dem Unbescholtensten keine politischen Rechte mehr zustanden, von wirklichem Gewicht sein. Heutiges Tages aber kann von diesen publicistischen Wirkungen der consumtio und minutio existimationis noch weniger die Rede sein, da dieselben eben im Zusammenhange standen mit der römischen Verfassung, von welcher auf die heutigen Zustände nichts herüber genommen werden kann. In privatrechtlicher Hinsicht war die consumtio existimationis allerdings von Bedeutung, da sie den civis in die Classe der Peregrinen versetzte, und mithin zu allen denjenigen Rechten unfähig machte, die nur in dem ius civile begründet waren. Allein im neueren römischen Rechte bestand diese Bedeutung für viele privatrechtliche Verhältnisse nur noch der Form nach, ohne materiale Folgen zu haben. So hatte der Unterschied zwischen römischem Eigenthume und zwischen natürlichem Eigenthume, dessen auch die Nichtbürger fähig waren, längst seine Wichtigkeit verloren, bis er von Justinian gänzlich, auch der Form nach, aufgehoben wurde [73]). Eben so hatte bei den Obligationen das Bedürfniß regeren Verkehres schon frühe darauf geführt, auch den Peregrinen die Fähigkeit zu civiles obligationes zuzugestehen, wobei sich der Unterschied zwischen Bürgern und Peregrinen nur in der Formalität erhielt, daß bei ihnen die Civität fingirt und ihre Klage als actio fictitia den Klagen der römischen Bürger angeschlossen wurde [74]). Auf unsere Verhältnisse kann aber der römische Unterschied zwischen cives und peregrini gar keine Anwendung mehr finden, da wir keinen Stand der Civität im Gegensatze zum Stande der Peregrinen mehr haben [75]). Da auf diese Weise die Wirkungen der römischen consumtio existimationis bei uns nicht mehr vorkommen können, und da jede Art von Ehrlosigkeit nur insofern von rechtlicher Bedeutung sein kann, als sie bestimmte rechtliche Wirkungen nach sich zieht, so folgt von selbst, daß in keiner Beziehung von der römischen consumtio existimationis bei uns mehr die Rede sein kann. In gleicher Weise können die privatrechtlichen Wirkungen der römischen infamia bei uns keine Anwendung mehr finden. Schon im Justinianischen Rechte hatte die infamia keine andere Wirkung, als den Infamen unfähig zu machen, für Andere zu postuliren. Diese Bestimmung hing aber mit der römischen Gerichtsverfassung so eng zusammen, daß sie ebenfalls nicht auf unsere Verhältnisse herübergezogen werden kann. Denn das Postuliren für Andere gehört nach unserer Gerichtsverfassung entweder der Advocatur oder der Procuratur an, welche beide an eine öffentliche Anstellung gebunden sind, und mithin dem öffentlichen Rechte, für welches von dem rö-

---

73) L. un. C. de nudo iure Quirit. tollend. (5. 25.)
74) Caius, IV. §. 37. Savigny a. a. O. Note b, u. S. 40.
75) Denn der bei uns vorkommende Unterschied zwischen Einheimischen und Fremden hat eine andere Bedeutung.

miſchen Rechte überhaupt kein Gebrauch gemacht werden kann, angehören [76]).

An dieſe Darſtellung des römiſchen Syſtems über Ehrloſigkeit und Ehrenſchmälerung muß zunächſt eine Darſtellung der Grundſätze angeſchloſſen werden, welche im einheimiſchen Rechte vor der Reception des römiſchen darüber angenommen waren.

Nach den Anſichten des einheimiſchen Rechtes war die Ehre ein Ausfluß des Standes, dem Jemand angehörte, ſo daß es je nach der Verſchiedenheit der Stände verſchiedene Ehre gab [77]). Wer zu einem beſtimmten Stande gehörte, hatte eben die Ehre, Mitglied dieſes Standes zu ſein, und damit Anſpruch auf die äußere Würde und die Rechte, welche den Mitgliedern deſſelben zukamen. Wer nicht zu einem beſtimmten Stande gehörte, hatte eben deßwegen auch nicht die Ehre und die Würde deſſelben, obgleich er darum noch nicht ohne Weiteres zu den ehrloſen Perſonen gezählt wurde. Denn der Ritter hatte nicht die Ehre des Bürgerſtandes und der Bürger nicht die Ehre des Ritterſtandes, ohne daß der Eine oder Andere in Beziehung auf den Stand, dem er nicht angehörte, als ehrlos hätte angeſehen werden können. Für ehrlos wurde nur derjenige genommen, der die Ehre verlor, die er gehabt hatte, weil er ſich ſeines Standes unwürdig gemacht hatte und aus demſelben ausgeſtoßen worden war [78]). Die Ehrloſigkeit in dieſem Sinne trat ein in Folge der gemeinen und ſchwereren Verbrechen, welche Strafen an Leib oder Leben nach ſich zogen, oder nach dem Sprachgebrauche der mittelalterlichen Rechtsquellen: welche entweder zu Hals und Hand oder zu Haut und Haar beſtraft wurden [79]). Daß der Verbrecher die Beſtrafung wirklich erlitten, war zum Eintreten der Ehrloſigkeit nicht ſchlechterdings erforderlich, indem es überhaupt nur darauf ankam, daß es auf unzweifelhafte Weiſe feſtſtand, daß er das Verbrechen wirklich begangen. Daher wurde ſchon derjenige ehrlos, der ſeinen Leib, Haut oder Haar löſte, indem er ſich mit Geld von dieſen Strafen loskaufte, weil darin füglich ein Eingeſtändniß der Verbrechen gefunden werden konnte, die mit denſelben bedroht waren [80]). Auch wurde der Räuber oder Dieb ehrlos, der zwar nicht beſtraft, aber doch gerichtlich überführt war, das Entwendete unfreiwillig erſetzt oder wiedergegeben zu haben [81]). Im Allgemeinen wurde Jeder ehrlos, der Jahr und Tag in des Reiches Acht blieb, ohne ſich herauszuzie-

---

76) Savigny a. a. O. S. 225.

77) Eichhorn, teutſche Staats- und Rechtsgeſchichte, Th. 2, §. 349. Marezoll a. a. O. S. 300.

78) Freiwilliger Austritt aus einem Stande, indem z. B. einer aus dem Ritterſtande anfing bürgerliche Beſchäftigung zu treiben, machte zwar auch der Standesehre verluſtig, ohne jedoch Ehrloſigkeit zu begründen. Vgl. Kaiſerrecht, Buch 3, Art. 7; Marezoll a. a. O. S. 301.

79) Marezoll a. a. O. S. 305 flg. Strafen an Hals und Hand ſind Lebensſtrafen und verſtümmelnde Strafen, an Haut und Haar die nicht verſtümmelnden criminellen körperlichen Züchtigungen oder der ſogenante Staupenſchlag.

80) Sachſenſpiegel, B. 1, Art. 37. Schwabenſpiegel, Cap. 164.

81) Sachſenſpiegel, B. 1, Art. 37.

hen [82]). Denn er verlor alsdann den gemeinen Frieden, und damit alle seine Rechte, so daß er auch keine Ehre mehr besitzen konnte [83]). Es lag aber gegen denjenigen, der sich nicht aus der Acht herauszog, die gegründete Vermuthung vor, daß er wirklich das Verbrechen begangen habe, wegen dessen die Acht über ihn verhängt worden war. In gleicher Weise mußte aber das wirkliche Erleiden der Strafe die Ehrlosigkeit nach sich ziehen, da eben auch darin ein Beweis lag, daß der Bestrafte das Verbrechen wirklich begangen [84]). Ueberdieß konnte mit dem Erleiden dieser Strafen der fernere Besitz von Ehre nicht zusammenbestehen, da mit den verstümmelnden Strafen und mit dem Staupenschlage regelmäßig die Landesverweisung verbunden war [85]). Die regelmäßige Wirkung der Ehrlosigkeit war, daß der Ehrlose rechtlos wurde, weßhalb auch in den Quellen die Ausdrücke ehrlos und rechtlos häufig neben einander stehen [86]). Rechtlosigkeit aber bedeutete nicht die Entziehung sämmtlicher Rechte, welche überhaupt einem Menschen zustehen können, so daß der Rechtlose gänzlich außer dem Schutze der Gesetze gestanden hätte, sondern nur den Verlust gewisser, mit der Würde des freien Mannes in Verbindung stehender, Rechte, deren aus nahe liegenden Gründen derjenige, der seiner Ehre verlustig geworden war, nicht mehr würdig erachtet werden konnte. Diese Rechte bestanden namentlich in der Fähigkeit, im Gericht als Richter oder Schöffe zu sitzen, vor Gericht gegen unbescholtene Leute zu zeugen, als gerichtlicher Vorsprecher für einen Anderen aufzutreten, und für sich selbst bei gerichtlichen Prozessen oder bei Zweikämpfen einen Stellvertreter zu stellen. Auch hatte der Rechtlose kein Wehrgeld, so wie er auch unfähig war, Lehen zu erwerben [87]). Dieser Rechte, deren Inbegriff das Recht des freien Mannes ausmachte, wurde der Ehrlose regelmäßig verlustig, und nur auf sie ist die Rechtlosigkeit zu beziehen, welche die Ehrlosigkeit immer in ihrem Gefolge hatte. Aber darum war noch nicht jeder Rechtlose ohne Weiteres ehrlos. Denn die Fähigkeit zu denjenigen Rechten, deren Inbegriff das Recht des freien Mannes bildete, konnte Jemandem auch aus anderen Gründen, als wegen eines von ihm begangenen Verbrechens abgehen, und ehrlos war nur derjenige, der wegen begangener Verbrechen rechtlos geworden war. Namentlich waren uneheliche Kinder aller Art rechtlos, so wie auch Kämpfer und ihre Kinder und Spielleute und Gaukler, ohne daß sie deßwegen zu den ehrlosen Personen hätten gerechnet werden können [88]). Daß das einheimische Recht außer der Ehrlosigkeit in dem angegebenen Sinne noch andere Arten von Ehrenschmälerung gekannt habe, läßt sich nicht nachweisen. Damit ist zwar nicht ausgeschlossen, daß es im Leben und in der Gesellschaft Ehrenschälerungen in den mannichfachsten Unterabstufungen insofern gegeben haben müsse, als ein Mensch durch seine

82) Sachsenspiegel, B. 1, Art. 38.
83) Marezoll a. a. O. S. 309.
84) Marezoll a. a. O. S. 306.
85) P. G. O. Art. 198.
86) Marezoll a. a. O. S. 305.
87) Marezoll a. a. O. S. 296 flg.
88) Marezoll a. a. O. S. 302.

Handlungsweise in der Achtung seiner Nebenmenschen in größerem oder geringerem Grade sinken kann; aber wie sich diese Ehrenschmälerungen niemals auf bestimmte juristische Grenzen zurückführen lassen, so konnten sie auch keine bestimmten rechtlichen Wirkungen haben [89]).

Um nun auf die heutigen Rechtsansichten über Ehrlosigkeit und Ehrenschmälerung zu kommen, so sind, wie schon bemerkt worden ist, die Meinungen sehr getheilt über den Umfang, in welchem neben dem angegebenen Systeme des teutschen Rechtes das römische Recht in dieser Lehre recipirt worden sei [90]). Daß Vieles von den römischen Rechtsansichten heutiges Tages unanwendbar sei, hat man von jeher zugeben müssen; die gänzliche Unanwendbarkeit derselben ist aber erst in neuester Zeit behauptet und dadurch dargethan worden, daß keine von den Wirkungen, welche das römische Recht auf die consumtio oder minutio existimationis gründet, in unseren Verhältnissen mehr vorkommen kann [91]). Für die fortwährende Anwendbarkeit des römischen Rechtes konnte man sich freilich theils auf das canonische Recht berufen, in welchem im Allgemeinen die römischen Bestimmungen über minutio existimationis aufgenommen sind [92]), theils auf einheimische Gesetze, in welchen in Ansehung der Strafen an der Ehre ausdrücklich auf das römische Recht verwiesen wird [93]). Allein wenn es gewiß ist, wie aus der obigen Darstellung des römischen Systems hervorgeht, daß die in demselben angenommenen Wirkungen der Ehrlosigkeit und Ehrenschmälerung bei unseren Verhältnissen keine Anwendung mehr finden können, so kann auch jener Verweisung nicht die Wirkung zugeschrieben werden, das römische Recht in dieser Lehre noch als bei uns anwendbar erscheinen zu lassen. Daneben ist aber gewiß, daß auch von den Wirkungen, welche das einheimische Recht mit der Ehrlosigkeit verbindet, ein großer Theil seine heutige Anwendbarkeit verloren haben muß. Denn diese Wirkungen hingen hauptsächlich mit den Standesverhältnissen und der Gerichtsverfassung der früheren Zeit zusammen, und konnten daher bei der Umgestaltung, welche diese beiden Verhältnisse im Verlaufe der Zeit erfahren haben, keine Geltung behalten.

Die Reichsgesetze sprechen mehrfach von Ehrlosigkeit, ohne anzugeben, was sie darunter verstehen, wie denn auch kaum angenommen werden kann, daß der Reichsgesetzgebung ein richtiger Begriff von der römischen infamia vorgeschwebt habe. Da aber weder das römische Recht sich überall als anwendbar in dieser Lehre erwies, und da bei den veränderten Verhältnissen auch Vieles von dem einheimischen Rechte seine Brauchbarkeit verloren haben mußte, so hatten Doctrin und Gerichtsgebrauch um so mehr Veranlassung und Spielraum, eine neue, den neuen Verhältnissen angemessene Theorie von Ehrlosigkeit und Ehrenschmälerung auszubilden. Daß

---

89) Z. B. Sachsenspiegel, B. 1, Art. 5, wo vom Verlust der weiblichen Ehre die Rede ist, ohne daß rechtliche Folgen davon abhängig gemacht werden.

90) Wie schwankend die Ansichten darüber seien, s. bei Marezoll a. a. O. S. 346—349.

91) Savigny a. a. O. S. 224 flg.

92) Vgl. Marezoll a. a. O. S. 318 flg.

93) P. G. O. Art. 104.

diese Theorie, welche unter dem Einflusse der Bestimmungen theils des römischen, theils des einheimischen Rechtes ausgebildet wurde, einigermaßen schwankend wurde, kann nicht Wunder nehmen [94]). Nach derselben sind für das heutige Recht drei Arten oder Grade von Ehrenschmälerung anzunehmen.

1) Die Ehrlosigkeit, welche nicht mehr wie im älteren teutschen Rechte blos den Verlust der Standesehre, aber auf der anderen Seite auch nicht Aufhebung aller bürgerlichen Ehre bedeutet, wie ja auch nach römischem Rechte durch die infamia die existimatio nicht gänzlich aufgehoben wurde. Die Ehrlosigkeit ist vielmehr nur ein Zustand geschmälerter bürgerlicher Ehre, welcher mehrfache rechtliche Nachtheile nach sich zieht. Die Wirkungen, welche man dieser Ehrlosigkeit mit ziemlicher Uebereinstimmung zuschreibt, bestehen in Folgendem [95]): a) Verlust des staatsbürgerlichen und gemeindebürgerlichen passiven Wahlrechtes, so daß die Ehrlosen zur Landstandschaft und zu Gemeindeehrenämtern unfähig sind. In vielen Particularrechten bewirkt die Ehrlosigkeit auch Verlust des activen Wahlrechtes. b) Unfähigkeit, an ehrlichen Corporationen und Zusammenkünften, namentlich an Zünften, Börsen und Gemeindeversammlungen Theil zu nehmen. c) Unfähigkeit zu öffentlichen Aemtern und Verlust derselben, so wie der damit verbundenen Rechte und Titel. d) Unfähigkeit, Advocat, Procurator oder Notarius zu sein. e) Verlust des Adels, so wie nach Particularrechten häufig der Orden und anderer Ehrenzeichen. f) Verlust der Lehnsfähigkeit, wobei indessen die Entscheidung dem Lehnsherrn überlassen ist. g) Inwieweit die Ehrlosigkeit Einfluß habe, auf die Fähigkeit, Zeuge zu sein, ist bestritten. Während Einige behaupten, der Ehrlose sei völlig unfähig zu Zeugnissen aller Art, wollen Andere nur eine verminderte Glaubwürdigkeit desselben und nur bei dem wegen Meineides Verurtheilten völlige Unfähigkeit annehmen. Nach der Notariatsordnung von 1512 ist aber die Fähigkeit, Notarius zu werden, Allen denjenigen abgesprochen, welche unfähig seien, Zeugen zu werden, so daß, da die Ehrlosen für notariatsunfähig erklärt werden, auch Zeugnißunfähigkeit derselben angenommen werden zu müssen scheint. Für Solennitätszeugen muß dieß um so mehr gelten, als gerade an die Stelle derselben in vielen Fällen die Notarien zugezogen werden. Für die übrigen Fälle des Zeugnisses wenden aber Viele den bei uns angenommenen Unterschied zwischen untüchtigen und verdächtigen Zeugen an, indem sie die Ehrlosen zwar nicht für gänzlich unfähig zum Zeugnisse, aber doch für verdächtige Zeugen halten. h) Allgemein führt man noch als Folge der Ehrlosigkeit an, daß den Geschwistern des Testirers gegen die Ehrlosen die querela inofficiosi testamenti zustehe, weil das eine Wir-

94) Eine eigenthümliche Ansicht stellt Eichhorn auf (Einleitung in das teutsche P.-R., 88), indem er behauptet, daß es heutiges Tages zwei Arten von Ehrlosigkeit gebe, deren jede ihre eigenthümlichen Wirkungen habe, nämlich die Ehrlosigkeit des einheimischen Rechtes und die römische infamia. Richtig ist allerdings, daß die römische infamia nicht auf die teutsche Ehrlosigkeit übertragen werden kann; allein die römische infamia kann überhaupt nicht mehr für praktisch ausgegeben werden.

95) Vgl. über diese Wirkungen überhaupt Marezoll a. a. O. S. 374 flg., und Mittermaier, Grundsätze des teutschen Privatrechtes, §. 103.

kung sei, welche schon die römische infamia hervorbringe. Es ist aber schon bemerkt worden, daß im römischen Rechte die infamia gar nicht das entscheidende Moment ist, nach welchem in gewissen Fällen von den Geschwistern des Testirers die Inofficiositätsquerel gegen den eingesetzten Erben angestellt werden kann[96]). i) Particularrechtlich ist auch zuweilen den Ehrlosen die Fähigkeit, ein Testament zu errichten, entzogen.

Was nun die Fälle betrifft, in welchen diese Ehrlosigkeit eintritt, so ist es nicht unbestritten, ob es noch heutiges Tages eine infamia immediata gebe, welche von selbst in Folge der begangenen Handlung eintrete, ohne daß ein richterliches Urtheil dazu nothwendig wäre. Einige Rechtslehrer wollen die Fälle der römischen infamia immediata, so weit sie nicht ausdrücklich aufgehoben seien, oder wegen der veränderten Verhältnisse von selbst hinwegfallen, auch auf die teutsche Ehrlosigkeit anwenden[97]), während Andere behaupten, die Ehrlosigkeit könne heutiges Tages nicht anders, als durch Vermittelung richterlichen Urtheiles eintreten, weil sie eine Strafe sei, und also richterliches Urtheil voraussetze[98]). Dieser Grund ist zwar nicht ganz zutreffend, da die infamia nach römischem Rechte auch schon für eine Strafe galt, und dennoch unmittelbar in Folge gewisser Handlungen eintreten konnte, und da überdieß in mehreren teutschen Reichsgesetzen ausdrücklich verordnet ist, daß in manchen Fällen die Ehrlosigkeit ipso iure eintreten solle. Allein dessen ungeachtet kann von einer Anwendbarkeit der römischen infamia immediata bei uns keine Rede sein. Denn der Begriff der römischen infamia fällt mit dem der teutschen Ehrlosigkeit keineswegs in Eins zusammen, so wie auch die Wirkungen, welche die infamia hatte, von den Folgen, welche die Ehrlosigkeit nach sich zieht, wesentlich verschieden sind. Es wäre aber entschieden unstatthaft, wenn man die Folgen der teutschen Ehrlosigkeit in solchen Fällen eintreten lassen wollte, in welchen nach der Meinung des römischen Rechtes nur die Folgen der infamia eintreten sollten. Zu den Fällen der römischen infamia immediata sind noch einige Fälle hinzugekommen durch Fridericianische Authentiken, deren heutige Unanwendbarkeit aber allgemein anerkannt ist[99]). Auch in teutschen Reichsgesetzen ist für einige Fälle verordnet, daß die Infamie unmittelbar mit der begangenen Handlung eintreten solle. Namentlich sollen Obrigkeiten, Notarien und Schreiber ihrer Aemter und Ehren entsetzt sein, welche die Contractsurkunde über den von einem Juden an einen Christen geschehenen Verkauf einer Forderung ausfertigen[100]); allein diese Bestimmung ist längst außer Gebrauch gekommen, da der Verkauf selbst nicht mehr als ein verbotenes Geschäft angesehen wird. Auch soll der Herausforderer bei einem Duelle ipso facto seiner Ehren entsetzt sein[101]; allein der darauf bezüg-

96) S. oben Note 67.
97) Z. B. Marezoll a. a. O. S. 350 flg.
98) Z. B. Mittermaier a. a. O. §. 101.
99) Authent. Gazaros, C. de haereticis. (1. 5.) Agricultores C. quae res pignori. (8. 17.) Habita C. ne filius pro patre. (4. 13.)
100) R.-A. von 1551, §. 80.
101) Reichsschluß von 1668.

liche Reichsschluß ist nicht zur allgemeinen Publication gekommen, so daß auch diese Bestimmung nicht als praktisch angesehen werden kann. Endlich sollen auch die muthwilligen Bankerottirer von allen Ehren und Dignitäten ausgeschlossen sein, was allerdings für das gemeine Recht noch als giltig anerkannt werden muß [102]).

Abgesehen von diesen Fällen kann die Ehrlosigkeit eintreten, theils in Folge der Verurtheilung wegen gewisser Verbrechen, theils in Folge gewisser Strafen, welche Jemand erlitten. Viele behaupten, daß es in Ansehung der Frage, welche Verbrechen es seien, die für den wegen derselben Verurtheilten Ehrlosigkeit nach sich ziehen, auf das römische Recht ankomme. Darnach müsse die Ehrlosigkeit eintreten in denselben Fällen, in welchen nach römischem Rechte die Verurtheilung infamia nach sich zog, so daß theils die Verurtheilung wegen solcher öffentlicher Verbrechen, die in einer lex iudicii publici bedroht waren, theils die Verurtheilung wegen eines der infamirenden Privatdelicte Ehrlosigkeit für den Verurtheilten begründen müsse [103]). Die Meinung stützt sich auf den an und für sich richtigen Grund, daß das römische Criminalrecht bei uns im Ganzen recipirt, und der auf die Infamie bezügliche Theil desselben nicht ausdrücklich ausgenommen sei. Darum will diese Meinung die Ehrlosigkeit auch nur unter der Voraussetzung eintreten lassen, daß bei uns noch dieselbe Strafe, mit welcher das römische Recht das Verbrechen bedroht, als die regelmäßige anerkannt, und nicht etwa eine ganz andere Strafe an deren Stelle getreten sei. Allein gerade daraus folgt, daß das römische Recht überhaupt gar nicht darüber entscheiden kann, wenn Ehrlosigkeit eintreten solle. Denn die Ehrlosigkeit ist auf jeden Fall etwas Anderes, als die römische Infamie, so daß man immer eine andere Strafe, als im römischen Rechte vorgeschrieben ist, eintreten lassen würde, wenn man in allen den Fällen, in welchen das römische Recht Infamie annimmt, Ehrlosigkeit entstehen lassen wollte.

Auf der anderen Seite kann aber auch die Meinung vieler Praktiker nicht für die richtige angesehen werden, daß die Ehrlosigkeit überhaupt nur begründet werde durch die Strafe, welche Jemand erlitten, und daß keine Ehrlosigkeit eintrete, wenn Jemand wegen eines Verbrechens zwar verurtheilt, aber nicht mit einer solchen Strafe belegt sei, welche entweder nach Gesetz oder nach Gerichtsgebrauch als ehrlosmachend gelte [104]). Denn der vernünftige Grund, aus welchem gewisse Strafen als ehrlosmachend gelten, kann offenbar nur darin liegen, daß dieselben den Beweis liefern, der Bestrafte habe wirklich das Verbrechen begangen, welches ihn seiner Ehre verlustig mache. Daraus folgt aber, daß das Eintreten der Ehrlosigkeit von dem wirklichen Erleiden der Strafe unabhängig sein muß, und daß es dabei nur darauf ankommen kann, daß es gerichtlich feststehe, Jemand habe wirklich ein solches Verbrechen begangen. In der That ließ auch

---

102) R. P. O. von 1548, Tit. 22; von 1577, Tit. 23, §. 2, und Reichsschluß vom 17. Febr. 1671.

103) Z. B. Marezoll a. a. O. S. 357 flg.

104) Vgl. Glück, Erläuterung der Pandekten, Bd. 5, S. 160 flg.

das ältere einheimische Recht Ehrlosigkeit eintreten, wenn Jemand sich nur losgekauft hatte von einer Strafe, welche für entehrend gehalten wurde. Daher muß immer das Verbrechen, welches Jemand begangen, auch in den Fällen, in welchen er eine entehrende Strafe erlitten, als der letzte Grund seiner Ehrlosigkeit angesehen werden.

Aus diesen Bemerkungen folgt aber auch, daß gerade nach der Strafe, welche einem Verbrechen angedroht ist, beurtheilt werden muß, ob dasselbe für ein ehrlosmachendes gehalten werden müsse oder nicht. Denn wenn einmal, wie es nach unserem Rechte der Fall ist, an das Erleiden gewisser Strafen die Ehrlosigkeit als Folge gebunden ist, so muß angenommen werden, daß diese Strafen nur solchen Verbrechen angedroht sind, welche wirklich für entehrende gelten, so wie umgekehrt, daß alle Verbrechen, welche mit anderen, als ehrlosmachenden, Strafen bedroht sind, auch von der Gesetzgebung nicht für entehrende gehalten worden sind. Nach altteutscher Ansicht war die Ehrlosigkeit verbunden mit allen Strafen, die entweder an Hals oder Hand, oder an Haut und Haar gingen. Heutiges Tages ist der größte Theil dieser Strafen außer Gebrauch gekommen, indem andere an deren Stelle getreten sind. Da aber auch in früheren Zeiten nicht die Art der Strafe, sondern das Verbrechen, wegen dessen dieselbe zugefügt wurde, der eigentliche Grund war, aus welchem Ehrlosigkeit einträt, so war es nur consequent, daß sich in der Praxis die Ansicht bildete, daß auch diejenigen heutigen Strafen, welche an die Stelle jener älteren getreten sind, Ehrlosigkeit begründen. Darnach muß heutiges Tages gemeinrechtlich jede Strafe, welche mindestens dem Staupenschlage gleichkommt, für eine entehrende Strafe, und jedes Verbrechen, welches mit einer solchen Strafe bedroht ist, für ein entehrendes Verbrechen angesehen werden. Gemeinrechtlich ist daher die Zuchthausstrafe nicht unbedingt entehrend, sondern nur ein solcher Grad derselben, der mit dem ehemaligen Staupenschlage verglichen werden kann [105]). Daß die Ehrlosigkeit in dem Strafurtheile ausdrücklich ausgesprochen sei, ist zum Eintreten derselben nicht erforderlich, da das Strafurtheil, welches auf die entehrende Strafe lautet, den Beweis voraussetzt, daß Jemand das entehrende Verbrechen wirklich begangen habe. Eben so wenig ist zum Eintreten der Ehrlosigkeit erforderlich, daß Jemand die entehrende Strafe wirklich abgebüßt habe, da nicht in dem wirklichen Erleiden, sondern nur darin, daß Jemand die Strafe verdient hatte, der Entstehungsgrund seiner Ehrlosigkeit liegen kann [106]).

---

105) Nach den neuesten Strafgesetzgebungen (s. dieselben bei Mittermaier in Note 3 zu §. 71 von Feuerbach's Lehrbuch des peinlichen Rechtes) entehrt der Regel nach die Zuchthausstrafe ohne Rücksicht auf ihren Grad und ihre Dauer. Das setzt aber voraus, daß für die leichteren Verbrechen noch andere Strafanstalten vorhanden seien.

106) Nach dem (übrigens nicht publicirten) Reichsschlusse vom 19. September 1668 soll auch der Injuriant mit infamia belegt werden. Daß damit eigentliche Ehrlosigkeit gemeint sei, kann nicht angenommen werden. Die Bestimmung beruht vielmehr auf dem, auch von vielen Praktikern damaliger Zeit gehegten, Mißverständnisse, daß die römische infamia in Teutschland recipirt sei. Vgl. Savigny a. a. O. S. 229 flg.

Umgekehrt aber kann keine Ehrlosigkeit eintreten, wenn in dem Strafurtheile selbst die Anerkennung liegt, daß sich Jemand seiner Ehre nicht verlustig gemacht habe. Dieses Anerkenntniß kann theils stillschweigend, theils ausdrücklich in dem Strafurtheile enthalten sein. Das Erstere ist der Fall, wenn das Urtheil auf eine andere, als eine ehrlosmachende Strafe lautet, indem damit von selbst anerkannt ist, daß das zu bestrafende Verbrechen kein ehrlosmachendes gewesen sei. Selbst wenn das zu bestrafende Verbrechen seiner Gattung und seinem Thatbestande nach ein solches gewesen sein sollte, daß der Regel nach mit einer entehrenden Strafe zu belegen gewesen wäre, würde dasselbe für kein entehrendes gehalten werden können, wenn im einzelnen Falle gesetzliche Gründe vorhanden gewesen wären, welche den Richter bestimmen konnten, auf eine andere Strafe zu erkennen. Ausdrücklich aber ist das Anerkenntniß, daß sich Jemand seiner Ehre nicht verlustig gemacht habe, in dem Strafurtheile enthalten, wenn in demselben dem Verurtheilten seine Ehre vorbehalten wird, was schon in der früheren Praxis vorkam, und auch in der Reichsgesetzgebung als zulässig anerkannt ist[107]).

Der Regel nach bleibt die Ehrlosigkeit lebenslänglich auf dem Ehrlosen haften, weil der Grund, aus welchem sie eingetreten war, nicht wieder ungeschehen gemacht werden kann. Da aber die Ehrlosigkeit immer eine Strafe ist, so kann sie auch von demjenigen aufgehoben werden, welchem überhaupt das Begnadigungsrecht zusteht. Damit aber die Ehre durch die Begnadigung wiederhergestellt werde, muß sich dieselbe ausdrücklich mit darauf erstrecken, indem eine Begnadigung nicht ausdehnend interpretirt werden darf, und also immer nur denjenigen Theil der Strafe aufheben kann, dessen in dem Begnadigungsdecrete ausdrücklich Erwähnung gethan ist[108]).

2) Anrüchtigkeit oder Unehrlichkeit ist nach allgemeiner Annahme ein minderer Grad der Ehrenschmälerung, der die Wirkung hat, daß denjenigen, die damit behaftet sind, entweder die Zunftfähigkeit, oder überhaupt die Fähigkeit, an ehrlichen Gesellschaften und Gemeinheiten Theil zu nehmen, abgeht. Schon nach älterem teutschen Rechte waren uneheliche Kinder und diejenigen, welche gewisse verächtliche Beschäftigung trieben, zum Theil sogar die Kinder derselben rechtlos in dem früher angegebenen Sinne, ohne deßwegen zu den ehrlosen Personen zu gehören[109]). Von dieser früheren Ansicht hat sich gemeinrechtlich so viel erhalten, daß theils un-

---

107) Das Recht, die Ehre in dem Urtheile vorzubehalten, ist in der Reichsgesetzgebung anerkannt; Reichsschluß von 1668. Vgl. übrigens Glück a. a. O. S. 199.

108) Daß schon die bloße Specialuntersuchung einen Nachtheil an der Ehre hervorbringe, läßt sich nicht behaupten. Der Art. 218 der P. G. O., auf den man sich mitunter beruft, erkennt nur an, daß der gute Ruf eines Menschen durch die Specialuntersuchung in Gefahr komme, wie es auch im Art. 20 eine Schmach genannt wird, die Jemandem angethan werde, wenn er ungerecht gefoltert werde. Particularrechtlich kommt es indessen vor, daß Jemand seiner politischen Rechte dadurch verlustig wird, daß er nicht vollkommen freigesprochen, sondern nur von der Instanz entbunden wird.

109) S. oben Note 88.

eheliche Geburt, theils der Betrieb der Abdeckerei unfähig macht, in eine Zunft einzutreten, oder an ehrlichen Gemeinheiten Theil zu nehmen. Diese Unfähigkeit ist es, was man Anrüchtigkeit oder Unehrlichkeit nennt, obgleich eine eigentliche Ehrenschmälerung nicht darin gefunden werden kann. Denn verständiger Weise kann die Ehre nur geschmälert werden in Folge unsittlicher oder unrechtlicher Handlungsweise, nicht aber wegen Geburt oder eines Geschäftsbetriebes, der erlaubt und selbst nothwendig in der bürgerlichen Gesellschaft ist. Die Anrüchtigkeit der unehelichen Kinder, welche nicht zur Theilnahme an ehrlichen Gemeinheiten im Allgemeinen, sondern nur zum Eintritt in eine Zunft unfähig macht, wird regelmäßig durch die Legitimation derselben aufgehoben, und zwar nicht allein durch die dem römischen Rechte bekannten heutiges Tages noch anwendbaren Legitimationsarten, durch welche die legitimirten Kinder den ehelichgeborenen völlig gleichgestellt werden, sondern auch durch eine dem teutschen Rechte eigenthümliche, zu diesem Zwecke besonders eingeführte sogenannte unvollkommene Legitimation, **legitimatio ad honores**, welche von dem Regenten ertheilt wird. Da diese Legitimation in allen Fällen, entweder auf Ansuchen eines der Eltern oder des Kindes selbst ertheilt zu werden pflegt, so kann die Anrüchtigkeit unehelicher Kinder überhaupt kaum noch als etwas Praktisches angesehen werden [110]).

Die Anrüchtigkeit des Abdeckers geht weiter, indem sie denselben nicht blos zunftunfähig macht, sondern überhaupt von der Theilnahme an ehrlichen Gesellschaften und Gemeinheiten ausschließt [111]). Darnach sind die Abdecker wohl auch unfähig zur Theilnahme an Gemeindeversammlungen, so wie zur Uebernahme von Ehrenämtern aller Art, welche ihnen ohnedieß nicht leicht übertragen werden würden. Ehemals erstreckte sich die Anrüchtigkeit der Abdecker auch auf deren Kinder, welche jedoch nach dem neuesten Reichsgesetze nur insofern noch unehrlich sein sollen, als sie selbst das väterliche Gewerbe betreiben [112]). Ueberhaupt ist es der Obrigkeit vorbehalten, denjenigen, der die Abdeckerei getrieben hat, unter der Voraussetzung, daß er das Geschäft aufgiebt, wieder für ehrenhaft zu erklären [113]). Was übrigens von dem Abdecker oder Schinder gilt, kann nicht auf den eigentlichen Scharfrichter bezogen werden [114]).

3) Die **Verächtlichkeit** wird von den Rechtslehrern als der dritte Grad verminderter Ehre angegeben. Dieselbe soll in Folge unmoralischer Handlungen und überhaupt eines verächtlichen Lebenswandels entstehen. Allein wie es keine gesetzlich bestimmten Fälle gibt, in welchen diese Ver-

---

110) Vgl. überhaupt **Eichhorn**, Einleitung §. 89.

111) Reichsschluß von 1772, §. 5. In Folge von Vorurtheilen und engherzigen Zunftansichten, nach welchen die Zünfte sich abschlossen und Keinen, der von einer anderen Zunft herstammte, in sich aufnehmen wollten, wurden ehemals gar viele Handwerke für unehrlich ausgegeben. Die Reichsgesetzgebung war oft veranlaßt, sich gegen solche Handwerksmißbräuche zu erklären. R. P. O. von 1548, Tit. 37, §. 1; von 1577, Tit. 38, §. 1. Reichsschluß von 1731, §. 4.

112) Reichsschluß von 1772, §. 5.

113) Reichsschluß von 1772, §. 5.

114) Nur wenn der Scharfrichter zugleich Schinder ist, trifft ihn die Anrüchtigkeit. Vgl. **Glück** a. a. O. S. 213.

ächtlichkeit eintreten soll, so lassen sich auch keine bestimmten rechtlichen Wirkungen derselben angeben, so daß dieselbe überhaupt nicht für ein eigentliches Rechtsinstitut angesehen werden kann [115]). Der gute oder böse Ruf, den sich Jemand durch seine Handlungsweise erworben, kann zwar in einzelnen Beziehungen rechtlich in Betracht kommen, z. B. bei seiner Glaubwürdigkeit als Zeuge, bei der Frage, ob den Geschwistern des Testirers die Inofficiositätsquerel zustehe, bei der Aufnahme in Corporationen, oder hinsichtlich der Fähigkeit zu solchen Functionen, die besonderes Vertrauen voraussetzen; allein es kommt dabei Alles auf das Ermessen des Richters oder anderer Behörden an, ohne daß von einem bestimmten rechtlichen Begriffe die Rede sein könnte. Luden.

**Eid** [1]) ist eine feierlich verstärkte Aussage oder Zusage, oder eine Erklärung, unter Anrufung des Höchsten, zur Bestärkung der Wahrheit einer Aussage, oder der Erfüllung einer Zusage.

Bei der Gemeinschaft der Menschen und dem rechtlichen Verkehre können die Zeichen der Vereinbarung Contrahirender sehr verschieden sein. Stillschweigend, durch Anwendung geeigneter Symbole wird ein Verhältniß bekräftigt, oder ausdrücklich durch das Wort an und für sich oder zugleich mit anderen Zeichen. Das Wort, die Antwort auf geschehene Anfrage, die Bejahung ist Schwur (swear, answer) [2]). Die Bejahung als eine besonders bindende wird Eid [3]). Ein ausgesprochener, antwortender, geschworener Eid ist daher Eidschwur [4]).

Das Institut des Eides liegt somit in der Natur der menschlichen Verbindung überhaupt, und als Folge dieser natürlichen Nothwendigkeit finden wir den Eid bei allen Völkern und zu allen Zeiten [5]). Die Auffassung und Gestaltung im Einzelnen ist dabei eine sehr verschiedene, ab-

---

115) Vgl. Mittermaier, Grundsätze des t. P.-R., §. 104.

1) Quellen. Römisches Recht: Dig. lib. XII. tit. II. de iureiurando sive voluntario, sive necessario, sive iudiciali. Cod. lib. IV. tit. I. de rebus creditis et iureiurando. Canonisches Recht: Decret. Grat. Can. XXII. Tit. de iureiurando. X. II. 24. in VI. II. 11. Clem. II. 9. — Literatur. Speciellen Nachweis gibt Friedrich Bayer, Betrachtungen über den Eid, enthaltend eine ausführliche Erörterung seines Begriffes, Zweckes und der Art seiner Anwendung u. s. w. (Nürnberg 1829, 8.), S. 240—303. Insbesondere sind hervorzuheben J. H. Böhmer, ius eccl. Protest. lib. II. tit. XXIV. Jul. Frid. Malblanc, doctrina de iureiurando, e genuinis legum et antiquitatis fontibus illustrata. Norimberg. 1781; ed. II. Tubing. 1820, 8. Karl Friedr. Göschel, der Eid nach seinem Principe, Begriffe und Gebrauche. Theologisch-juristische Studien. Berlin 1837, 8. (vergl. meine Recension in Richter's krit. Jahrbüchern für teutsche Rechtswissenschaft, 1838, Bd. 4, S. 618 flg.).

2) Vergl. Adelung, grammatisch-krit. Wörterbuch s. v. schwören. svaran ist varan, waren, reden, mit dem intensiven s.

3) S. Göschel a. a. O. S. 146, Anm. *. Die Etymologie ist bestritten. Nicht unwahrscheinlich ist der Zusammenhang mit dem Sanskrit. it, ligare. S. Graff, althochteutscher Sprachschatz, Bd. 1, S. 151.

4) Grimm, teutsche Rechtsalterth., S. 892 flg.

5) Literatur über die Geschichte des Eides bei Göschel a. a. O. S. 238, Anmerk.

hängig von der Mannigfaltigkeit der nationalen Eigenthümlichkeiten und vor Allem von der Gesittung, denn die Heiligkeit des Wortes ist in der Wahrhaftigkeit des Einzelnen und der Gesammtheit gegründet. Aus der jedesmaligen Beschaffenheit des Eides und der darin sich kund gebenden Treue und Zuverlässigkeit kann auf der anderen Seite daher auch der Charakter der Zeit selbst erkannt werden, und so sollte dem Staate eigentlich nichts heiliger sein, als die Heilighaltung des Eides selbst zu bewirken. Aehnlich, wie bei der Ehe, durchdringen sich hier politische und religiöse Beziehungen, weßhalb auch von jeher die doppelte Seite im Verkehre und in der Gesetzgebung festgehalten ist.

Alle Völker haben beim Eide einen religiösen Gesichtspunkt, der sich in der Bezugnahme auf ein Höheres darstellt, wovon sie abhängig sind, und das sie zum Zeugen der Wahrheit der Aussagen anrufen, so wie zugleich zum Rächer der Unwahrheit. Der Charakter der Religion überhaupt prägt sich auch hierbei aus.

Bei den heidnischen Völkern ist es vor Allem das Geschaffene, die Natur, auf welche der Eid bezogen wird, denn darin liegt das Wesen der Gottheit nach heidnischem Begriffe; doch fehlt es auch hier schon nicht an einer würdigen und höheren Auffassung. So besonders bei den Griechen und Römern. Cicero namentlich spricht sich mehrfach darüber aus, und gibt die Erklärung: Iusiurandum est affirmatio religiosa. Er fordert die Wahrheit: quasi Deo teste, und bemerkt: non ad iram deorum, quae nulla est, sed ad iustitiam et ad fidem pertinet[6]). Die Heiligkeit des Eides hebt er auch sonst öfter hervor, und statuirt gegen die Verletzung derselben eine göttliche Strafe, periurii poena divina exitium, neben der die menschliche, humana, dedecus, nur untergeordnet zu sein scheint[7]). Das römische Recht überhaupt erkennt stets die hohe Bedeutung des Eides an, doch gestattet oder fordert es selbst seine Leistung zu häufig, und veranlaßt dadurch den Mißbrauch. Wesentlich ist nach römischem Begriffe mit der Obtestation der Fluch, die Exsecration verbunden[8]). Der Standpunkt, den der Eid bei den Juden[9]) einnimmt, ist kein höherer, ja er ist sogar in der Anwendung niedriger, wie besonders aus den vielen Uebertretungen um die Zeit Christi geschlossen werden kann. Ja schon früher mußten oft Warnungen und Drohungen gegen Mißbrauch des Eides und Meineides ergehen[10]). Die strengeren Grundsätze wurden durch die Ansicht untergraben, daß Eide, welche nicht unter Anrufung Gottes geleistet würden, keine verpflichtende Kraft hätten. Dagegen erhob sich Christus[11]), indem er jeden Eid auf den

---

6) De officiis lib. III. cap. 29. Vergl. pro Roscio Comoedo cap. 16.

7) De legibus lib. II. cap. 9. 16. 22.; vergl. de officiis lib. III. cap. 11 u. a. m.

8) M. s. überhaupt Stäudlin, Geschichte der Vorstellungen und Lehren vom Eide (Gött. 1824, 8.), S. 50 flg.

9) Stäudlin a. a. O. S. 5 flg.

10) S. z. B. Hoseas 4, 1 flg.; Jerem. 4, 2; 7, 3 flg.; Zephan. 1, 5 u. v. a.

11) Stäudlin a. a. O. S. 31 flg. Tholuck, Auslegung der Bergpredigt, S. 275 flg.

Tempel oder den Schatz desſelben, den Altar oder die Gabe auf demſelben für gleich bindend erklärte[12]), dann aber noch allgemeiner ſich alſo ausſprach: „Ihr habt vernommen, daß den Alten geſagt worden: du ſollſt nicht falſch ſchwören, du ſollſt vielmehr dem Herrn deine Eide halten. Wenn ihr das erfüllt habt, meint ihr der Verehrung Gottes genug gethan zu haben, ob ihr gleich unzählige Male den Namen Gottes auch bei wahren Betheurungen leichtſinnig gebrauchtet. Ich aber gebiete euch eine noch weit höhere Verehrung des Herrn, eures Gottes; nicht nur nicht falſch ſchwören ſollt ihr aus Ehrfurcht gegen ihn, ſondern überhaupt keinen Eidſchwur leiſten —. Eure Rede ſei einfach, die Betheurung mit Ja und Nein; was mehr dazu geſetzt wird, das gehört dem Reiche des Böſen an[13])." Wie dieß zu deuten ſei, darüber bildeten ſich bald verſchiedene Anſichten. Manche glaubten hierin ein Verbot des Eides ſchlechthin zu finden, Andere dagegen nur die mißbräuchliche Anwendung unterſagt zu ſehen. Die letztere Anſicht, für die man ſich darauf berufen konnte, daß Chriſtus ſelbſt, ſo wie die Apoſtel, Eide geleiſtet[14]), ward bald die überwiegende, auf Synoden anerkannt[15]), und namentlich durch den Einfluß Auguſtin's[16]) die herrſchende. So wie die kirchliche, hat daher auch die weltliche Geſetzgebung ſeit dem vierten Jahrhunderte ſpecielle Vorſchriften über den Eid erlaſſen. Man betrachtete denſelben als unentbehrlich für die gewöhnlichen Verhältniſſe des Lebens, und geſtattete ihn. Da aber, wo volles Zutrauen vorhanden iſt, es förmlich geſchworner Eide nicht bedarf, und man bei Geiſtlichen dieſes vorausſetzen zu dürfen meinte, folglich in der Forderung des Eides eine Herabſetzung fand, ward dem Clerus öfter der Eid erlaſſen, oder ein Surrogat dafür gefordert und ſelbſt oft die Leiſtung des Eides verboten. So war dem Clerus das iuramentum calumniae nicht abzufordern (ſ. unten), und ſtatt des Eides trat ſonſt auch ein Ordale ein. Das Concil von Tribur von 895 beſtimmte deßhalb[17]): Laicus per iuramentum, si necesse sit, se expurget, presbyter vero vice iuramenti per sanctam consecrationem interrogetur, quia sacerdotes ex levi causa iurare non debent: manus enim, per quam corpus et sanguis domini conficitur, iuramento polleatur?. Absit, und auch ſpäter iſt das iudicium olfae für Geiſtliche noch üblich[18]). Da Benedict von Nurſia in ſeiner Regel den

---

12) Ev. Matth. 23, 16—23.

13) Ev. Matth. 5, 33—37 (vergl. Tholuck a. a. O. S. 531). Daſſelbe ſagt Jacobi 5, 12.

14) Bei den Hebräern ſprach der Richter die Eidesformel, und der Angeklagte machte ſie zu der ſeinigen durch ſein Amen. Daher liegt in dem σὺ εἶπας (Matthäi 24, 63), das Chriſtus dem Hohenprieſter antwortete, ein Eid. Vergl. beſonders c. 26. X. de iureiur. (2. 24.)

15) Indirect liegt dieß in dem bloßen Verbote des Meineides. M. ſ. z. B. Synod. Eliberit. can. 74 (von falſchen Zeugen). Can. Apostol. 25.

16) C. 2 sq. Can. XXII. qu. I.

17) Im c. 21. bei Gratian, c. 4. Can. II. qu. V. Vgl. überhaupt Can. II. qu. V.

18) So im zwölften Jahrhunderte in Trier. M. vergl. Gesta Trevirorum, ed. Wittenbach et Müller, vol. I. cap. 68. (August. Trevir. 1836, 4.)

Eid gänzlich verboten hatte, so ward von den Anhängern derselben ein in verbo tantum et veritate promittere verlangt [19]).

Die Praxis übte indessen einen entschiedenen Einfluß und die Zulässigkeit des Eides, sofern er nicht entbehrt werden konnte, ward schlechthin ausgesprochen. Dieß erklärte Gratian [20]), und Innocenz III. unternahm eine förmliche Rechtfertigung des Eides und gestattete denselben auch einem Kloster [21]). Das canonische Recht enthält demgemäß auch eine eigene Theorie über den Eid, beschränkt sich aber besonders auf den Versprechungseid, während die Bestimmungen über den Versicherungseid in der prozessualischen Anwendung mehr auf dem römischen und teutschen Rechte beruhen. In der evangelischen Kirche ist die Nothwendigkeit des Eides auch stets anerkannt worden. Schon Luther erklärt über die Bergpredigt: Alles Schwören und Eiden ist hier verboten, das der Mensch von ihm selber thut; wenn's aber die Liebe, Gebot, Noth, Nutzen des Nächsten oder Gottes Ehre erfordert, ist's wohlgethan.

Der Begriff des Eides selbst nach christlicher Lehre unterscheidet sich übrigens von anderen Definitionen wohl vorzüglich dadurch, daß der Fluch, die Exsecration nicht Bestandtheil desselben ist. Gott ist im Eide des Christen als Zeuge, nicht als Rächer anzurufen [22]), und so verwandelt sich die gewöhnliche Begriffsbestimmung [23]), nach welcher der Eid wesentlich eine bedingte Verwünschung ist.

Nach seinem Fundamente ist der Eid ein religiöser Act. Die wissenschaftliche Entwickelung sowohl, als die Gesetzgebung, und demgemäß die Praxis, sollten sich stets dieser Grundlage bewußt sein. Nur dann wird die Entheiligung des Eides, wozu der Meineid als das Extrem gehört, aufhören können.

Bei der Auseinandersetzung der mannigfachen hier zu betrachtenden Rechtsverhältnisse gehen wir von der Darlegung der allgemeinen Principien aus, und knüpfen daran die Erörterung der speciellen, bei den einzelnen Arten des Eides zu berücksichtigenden materiellen und formellen Grundsätze.

## Allgemeine Grundsätze.

Der Eid, als eine affirmatio religiosa, für die Fixirung rechtlicher Zustände unentbehrlich, unterliegt bestimmten materiellen und formellen Bedingungen, welche sich in Concreto verschieden gestalten. Mit Rücksicht auf Jeremiä, Cap. 4, V. 2, daß, wer sich zu Gott bekehrt ohne Heuchelei, recht und heilig schwört, erinnert Hieronymus [24]): Animadvertendum est, quod iusiurandum hos habeat comites, ve-

---

19) Capitulare Pippini Regis Italiae a. 793. cap. XXXVI. (Walter, Corp. iur. germ. II. 288). Vergl. Capit. Aquisgran. a. 816, cap. XLIII.

20) Im Eingange zur qu. I. Can. XXII.

21) C. 26. X. h. t. (2. 24.) a. 1206.

22) S. Göschel a. a. O. S. 225 flg.

23) Auch bei Eichhorn, Kirchenrecht, Bd. 2, S. 259. Walter, Kirchenrecht, §. 347. — S. besonders Falck, Bemerkungen über den Begriff des Eides; in den Eranien zum teutschen Rechte, Lieferung 2, Nr. 7, S. 90 flg.

24) In c. 2. Can. XXII. qu. II.

ritatem, iudicium atque iustitiam. Si ista defuerint, nequaquam erit iuramentum, sed periurium. Dieſe Erklärung ward als eine der Sache entſprechende feſtgehalten und als kirchlich techniſch anerkannt [25]). Die beiden erſten Momente beziehen ſich auf das Subject, das dritte auf das Object. Es gehört alſo zur Giltigkeit des Eides überhaupt:

1) veritas, nämlich in mente. Wer einen Eid leiſtet, ſoll von der Wahrheit ſeiner Ausſage überzeugt ſein. Gott iſt Zeuge und kennt die Gedanken des Schwörenden, welche auch vor Menſchen nicht durch Liſt (quacunque arte verborum) verborgen oder verändert werden dürfen. Jeder Rückhalt, reservatio mentalis iſt daher unerlaubt, und macht den Eid zum Meineide [26]). Hierher gehört auch der Fall, wenn Jemand wirklich die Wahrheit ausſagt, es aber in ſeiner Abſicht lag, einen falſchen Eid zu leiſten [27]). Nur eine durch die Umſtände gerechtfertigte Simulation, indem dadurch größeren Uebeln begegnet wird, erſcheint ſtraflos [28]), ſonſt aber ſoll ſelbſt im Scherze die Wahrheit nicht verletzt werden [29]).

Hiermit ſtimmen die Particularrechte überein, indem ſie heimliche Zuſätze oder Auslaſſungen ſo wie eigenmächtige Erklärungen des Eides, gegen den Sinn früherer Verhandlungen, verbieten [30]). — Auf das Subject bezieht ſich

2) iudicium (in iurante). Der Schwörende muß überhaupt fähig ſein, einen Eid zu leiſten, was von phyſiſchen und juriſtiſchen Vorausſetzungen abhängt. Daher wird zunächſt gefordert: a) das gehörige Alter, die ſogen. Eidesmündigkeit [31]). Das römiſche Recht geſtattet auch dem Pupillen, zu ſchwören, ohne ihm aber die Pflicht dazu aufzulegen. Durch den Eid obligirt er den Gegner, ohne ſelbſt benachtheiligt zu werden, wenn er einen ihm deferirten Eid nicht ableiſtet [32]). Das römiſche Recht geht hierbei von dem rein privatrechtlichen Geſichtspunkte des Vergleiches aus, ſo daß es den Pupillen ſchwören läßt, obgleich er nicht einmal des Meineides ſchuldig wird, wenn er falſch geſchworen, quia sciens fallere non videatur [33]). Das canoniſche Recht ſcheint davon nicht abzuweichen, da es vorſchreibt, daß Niemand vor dem vierzehnten Jahre zum Eide

---

25) Vergl. Gratian ad c. 23. Can. XXII. qu. IV. (eine Commentation der Stelle). Innocens III. in c. 26. X. h. t. (2. 24.) Concil. Trevirense a. 1227, can. XI. (Hartzheim, Concilia Germaniae, tom. III. p. 533).

26) C. 9. 11—13. Can. XXII. qu. II.

27) C. 3. Can. XXII. qu. II. Vergl. auch über dieſen Fall Abegg, im Archiv des Criminalrechtes. Neue Folge 1834, H. 4, S. 602—606, und die Cit.

28) C. 21. 22. C. XXII. qu. II.

29) C. 14. §. 1. 2. C. XXII. qu. II.

30) Preuß. allg. Gerichtsordn., Th. 1, Tit. 10, §. 309.

31) S. Hohbach, über die Eides- und Zeugenmündigkeit nach gemeinem und württemb. Rechte, in deſſen Beiträgen zum Strafrechte u. ſ. w. (Leipzig 1836, 8.) Nr. 3.

32) L. 26. pr. L. 34. §. 2. L. 42. pr. D. de iureiur. (12. 2.)

33) L. 26. pr. D. cit.

genöthigt werden soll[34]). Indessen ist nach dem Princip dieser Vorschrift vielmehr zu erklären, daß Personen vor diesem Alter überhaupt nicht schwören dürfen[35]), und so hat auch die Praxis des gemeinen Rechtes dieß aufgefaßt, und demnach einzelne Gesetzgebungen[36]), wogegen andere einen späteren Termin ansetzen[37]), und dann wohl eine frühere Zeit nach vorangegangener causae cognitio zulassen[38]). Jedenfalls sollte aber Niemand vor erfolgter Confirmation schwören dürfen[39]). b) Wegen des mangelnden iudicii können auch Wahnsinnige, Betrunkene und dergl. Personen keinen Eid leisten[40]). c) Hierher gehört auch, daß der Eid mit voller Freiheit geleistet wird (sine vi et dolo, sponte)[41]). d) Die Fähigkeit zu schwören ist auch gewissen Personen zur Strafe entzogen. Nach gemeinem Rechte gilt dieß von solchen, welche des Meineides überführt worden[42]), nach Particularrechten aber auch von anderen[43]). Oefter wird diese Beschränkung nicht absolut, sondern nur in Beziehung auf die vom Richter auferlegten, nothwendigen Eide anerkannt[44]). e) Eine eigene Beschränkung bestand früher wegen der Religion, indem man Ketzern und Nichtchristen keinen Eid gegen Katholiken verstattete[45]). Hinsichtlich des Eides von Juden gegen Christen haben sich bisweilen noch Ueberreste des Verbotes erhalten[46]). — Ein anderes Requisit ist

---

34) C. 14—16. Can. XXII. qu. II. (vergl. Capit. Aquisgran. a. 789, cap. 62. Capit. lib. I. c. 61.)

35) Eichhorn, Bd. 2, S. 533.

36) So das österreich. Recht (s. Helfert, Darstellung der Rechte in Ansehung der heiligen Handlungen, §. 105, Note 1), die bayersche Gerichtsordnung, §. 505 (resp. 14 und 12 Jahre für Knaben und Mädchen).

37) Das 18. Jahr nach der preuß. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 263. Badische Eheordnung.

38) So nach der badischen Eidesordnung.

39) S. allg. Kirchenzeit. 1837, Nr. 139, Sp. 1142.

40) C. 8. pr. Can. XXII. qu. IV. (Ambrosius). C. 16. Can. XXII. qu. V. (Capitular. lib. I. c. 61.): jejunus faciat. — Ob auch Verschwender? Sie dürfen wenigstens keinen Eid zuschieben. L. 35. §. 1. D. de iureiur. (12. 2.) Nach preuß. Rechte (allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 261, muß der Eid dem Vormunde deferirt werden; s. aber auch §. 266.

41) C. 2. X. de his, quae vi metusve c. (1. 40.) C. 28. X. h. t. u. a

42) C. 14. Can. XXII. qu. V. C. 1. X. de purgatione canonica (5. 34.) (Concil. Tribur. a. 895).

43) S. z. B. Helfert a. a. O. §. 105, Note e—g, wegen des österr. Rechtes. Für Preußen, allgem. L.-R., Th. 2, Tit. 20, §. 1331, 1337, 1355, 1423, von unredlichen Verwaltern u. s. w. Crim.-Ordn. §. 356, N. 6.

44) So nach preuß. Rechte a. a. O., und allg. Ger.-Ordn. Th. 1, Tit. 10, §. 284.

45) Nov. 45. cap. 1. C. 1. X. de haereticis (5. 7.) (Ps. Isid.). Vgl. c. 21. X. de testibus (2. 20.) (Conc. Lateran. a. 1179).

46) Phil. Jac. Heisler, ob die Zulassung eines Judeneides wider einen Christen bedenklich sei? (Halle 1778, 4.) und in dessen jurist. Abhandlungen und Erörterungen, Samml. 3, Nr. 3 (Halle 1783, 4.). Hoffmann, über die Glaubwürdigkeit jüdischer Zeugen u. s. w., in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege von Böhmer, Bopp, Jäger, Bd. 1, Nr. 5 (Darmstadt 1832, 8.). S. auch preuß. allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 228, Nr. 10.

3) iustitia, das Object selbst betreffend. Der Eid darf nicht die Religion, gute Sitte oder ein Gesetz verletzen, insbesondere keinen Nachtheil für die Kirche, den Staat oder einen Dritten herbeiführen [47]); denn dann non dicenda sunt iuramenta, sed potius periuria [48]). Wegen einzelner Rechtsverhältnisse ist es übrigens bestritten, ob der Gegenstand zum Eide geeignet sei. So namentlich bei Ehesachen, insofern durch die Leistung des Eides eine Trennung der Ehe begründet wird [49]). Da nämlich das römische Recht die Eidesdelation als einen Vergleich ansieht und folglich nicht zuläßt, wo ein Transact unstatthaft ist, so hat man dieß auf die Ehe übertragen und den Eid in Ehesachen verworfen, weil diese eine causa publica seien, über welche nicht transigirt werden dürfe. Dagegen muß aber bemerkt werden, daß nach canonischem Princip überhaupt der Eid nicht als bloßer Vergleich betrachtet werden kann; sodann soll der Eid in der Anwendung auf die Ehe nur über ein zwischen den Parteien bestrittenes Factum zur Entscheidung dienen und so wie ein anderes Beweismittel zur Anwendung kommen, gegen dessen Gebrauch nichts zu erinnern ist, wenn nur sonst keine Collusion unter den Parteien stattfindet [50]). Eben so ist die Anwendbarkeit des zugeschobenen Eides beim Streite über Beneficialsachen, jedoch mit Unrecht, bestritten [51]).

Neben den bisher betrachteten materiellen Requisiten ist auch insbesondere die Form des Eides näher in's Auge zu fassen. Dazu gehört die Rücksicht auf Zeit, Ort und Art der Leistung. Regelmäßig wird der Eid Vormittags geschworen, was die Praxis auf die Vorschrift: ieiunus faciat, gegründet hat [52]). Auch soll nicht an Sonn- und Festtagen geschworen werden [53]), außer pro pace vel alia necessitate. Der

47) Nov. 51. c. 2 sq. Can. XXII. qu. IV. C. 2. 13. 18. 19. 21. 23. 27. X. h. t. Vgl. c. 12. X. de foro competenti. (2. 2.) C. 4. X. de homicidio. (5. 12.) C. 58. de R. J. in VI. (5. 12.) u. v. a.

48) C. 21. 27. X. h. t. u. a.

49) Ueber diese sehr bestrittene Materie vergl. man außer der älteren Literatur (Linde, Lehrbuch des Civilprozesses, §. 302, Anm. 11) Hassenpflug, in Elvers' Themis, Bd. 1, H. 2, Nr. 12. Dagegen Uihlein, im Archiv für civilist. Praxis, Bd. 10, H. 1, Nr. 2. Anderer Meinung ist dann wieder Jäger, in der Zeitschrift für Gesetzgebung u. Rechtspflege von Böhmer, Bopp und Jäger, Bd. 1, H. 5 u. 6, gegen den wieder Uihlein, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 9, H. 1, Nr. 3, aufgetreten ist.

50) S. c. 5. X. de eo, qui cognovit. (4. 13.) C. 5. X. de divortiis. (4. 19.) C. 12. X. de praesumtionibus. (2. 23.) — Ausdrücklich ist durch die allg. preuß. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 256, die Zulässigkeit ausgesprochen. Eben so das königl. sächs. Reser. vom 30. Sept. 1785, 13. Jan. 1804 (Codex August. Cont. II. I. 311. III. I. 160.). Dafür ist auch Martin, Lehrbuch des Civilprozesses, §. 224, Anm. n., dagegen Linde (vor. Anm. cit.) a. a. O.

51) S. J. H. Böhmer, ius eccl. Prot. lib. II. tit. XXIV. §. 68.

52) C. 16. Can. XXII. qu. V. (s. Anm. 40). Nach der preuß. allg. Ger.-Ordn. Th. 1, Tit. 10, §. 360, soll vor 12 Uhr geschworen werden.

53) C. 17. Can. XXII. qu. V. (Hier sind auch die Zeiten genannt, in denen regelmäßig der Abschluß der Ehe verboten war.) C. 1. X. de feriis. (2. 9.)

Ort iſt die Gerichtsſtelle, und nur im Nothfalle ein Privathaus[54]). Dabei iſt mit möglichſter Würde und Eindringlichkeit zu verfahren, was durch particulare Verordnungen im Einzelnen näher beſtimmt iſt[55]). Zweckmäßig iſt beſonders die Zuziehung eines Geiſtlichen, welche dem Ermeſſen des Richters bisweilen überlaſſen iſt[56]). Der Eid hat ſeine Kraft in der Anrufung Gottes, als Zeugen, und nach bisheriger Anſicht zugleich als Rächers. Darum liegt mittelbar in der Bezugnahme auf einen anderen Gegenſtand doch immer auch die Anrufung Gottes[57]). So bei den Römern; denn richtig bemerkt Ulpian: qui per salutem suam iurat, licet per Deum iurare videtur, respectu enim divini numinis ita iurat[58]). Daſſelbe kann man auch von den älteren teutſchen Eidesformeln[59]) behaupten, und wenn die Juden hierbei ſubtile Unterſchiede zu machen ſuchten (ſ. oben Anm. 9 flg.), ſo ward dieß von den Beſſergeſinnten verworfen und von Chriſtus ausdrücklich widerlegt. Der regelmäßige und ordentliche Eid bei den Juden bezog ſich auch unmittelbar auf Gott[60]), und ward auch in der Kirche beibehalten, ohne daß man ſich jedoch ſtreng daran band[61]), da man überhaupt von der Ueberzeugung ausging, Eide müßten gehalten werden, ohne daß die Form entſcheide[62]). Weltlicher Seits mußten jedoch unpaſſende Formeln verboten werden[63]). Eben daher wurde auch ſehr genau die Norm für den Eid der Beamten beſtimmt, in der Weiſe: Iuro ego per Deum omnipotentem et filium eius unigenitum, Dominum nostrum Jesum Christum, et Spiritum sanctum et per sanctam gloriosam Dei genitricem, et semper virginem Mariam, et per quatuor Evangelia, quae in manibus meis teneo, et per sanctos Archangelos Michaelem et Gabrielem etc.[64]). Dieſes Formular und deſſen weiterer Verlauf iſt zugleich ein förmliches Glau-

---

54) C. 2. §. 1. C. de iureiur. propter calumniam. (2. 59.) Vgl. allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 370—372, verb. §. 359. Früher wurde in den Kirchen vor und auf dem Altare geſchworen. S. z. B. c. 15. X. de temporib. ordin. (1. 11.) Grimm, Rechtsalterth. S. 903, 4.

55) M. ſ. z. B. wegen des preuß. Rechtes Circ.-Verordn. vom 7. März 1796 (Stengel, Beiträge, Bd. 2, S. 172). Verordnung wegen zweckmäßigerer Einrichtung der Eidesleiſtungen vom 26. October 1799 (Nov. Corp. Const. tom. X. p. 2663 sq.). Min.-Reſcr. v. 26. Nov. 1830 (v. Kamptz, Jahrbücher, H. 72, S. 312).

56) Allg. Ger.-Ordn. Th. 1, Tit. 10, §. 369.

57) S. Falck, in der oben (Anm. 23) cit. Abhandlung, S. 107, 108.

58) Vgl. L. 3. §. 4. L. 4. 5. 13. §. 6. 33. D. h. t. (12. 2.) u. a.

59) S. Grimm, Rechtsalterth., S. 50 flg.

60) 5. Moſis 6, 13.

61) S. Bingham, origines eccl. lib. XVI. cap. VII. (T. VII. p. 355 sq.) S. c. 7. 11. 14. Can. XXII. qu. I. (Hieronym.—Chrysostom.—Augustin.)

62) C. 10. Can. XXII. qu. V. (Augustin.)

63) M. ſ. z. B. Nov. 77. Ut homines .. non iurent per capillos dei etc. —

64) Nov. 8. in append. tit. III: Iusiurandum, quod praestatur ab his, qui administrationes accipiunt (a. 530). Der Eid auf die Trinität iſt auch ſonſt üblich. M. ſ. z. B. die pactio inter Guntramnum et Childebertum a. 587 (Baluzius, Capitular. I. 16).

bensbekenntniß. Sonſt war der Eid einfacher, wie gleichzeitige und nicht viel ſpätere Eidesformeln ergeben, gewöhnlich ſo: Iurans dico per Deum omnipotentem et haec sancta quatuor Evangelia, quae in manibus meis teneo et salutem dominorum nostrorum rempublicam gubernantium [65]). Das Evangelienbuch ſollte ſtets im Gerichte befindlich ſein, um es bei der Eidesleiſtung zu benutzen, wenn es auch nicht in die Hand genommen oder berührt wurde, was den Geiſtlichen als Vorrecht zugeſtanden ward [66]). Da Zuſätze, wie per vitam regis et filiorum eius, verboten wurden [67]), blieb die einfachere Berufung auf Gott und die Evangelien am üblichſten [68]). Statt der Evangelien bezog man ſich auch auf die Heiligen [69]), deren Reliquien man in einem Käſtchen vor ſich hatte, woher die Formel: bei den Heiligen, auf den Heiligen ſchwören [70]). Dieſe und ähnliche Formen wurden auch in Teutſchland üblich, der Eid ſelbſt aber wegen der Berührung der angewendeten Objecte ein körperlicher (iuramentum corporaliter praestitum) [71]). Der Eid heißt auch ein leiblicher, mit Emporheben der Hand oder eines, zweier, dreier Finger [72]). Dagegen legten Geiſtliche die Hand auf die Bruſt, was auch bei Frauen vorkam [73]). Particularrechte machen aber weiter deßhalb keinen Unterſchied [74]). Von Einfluß wurde auf die Faſſung der Eidesformel die Reformation. Während die bamberger Halsgerichtsordnung, Artikel 5, den Eid ſchließt: „Alſo bit mir Gott zu helfen und die Heiligen," hat dafür die Carolina, Art. 3: „Alſo helf mir Gott und die heiligen Evangelia;" wie auch der Religionsfriede im Reichsabſchiede §. 107 die Form des Juramentes für Katholiken und Evangeliſche beſtimmte. Dieß ging zunächſt immer nur darauf, wo für beide Reli-

---

65) C. 9. Can. I. qu. VII. (Gregor I. a. 602). Vergl. c. 14. C. de iudiciis. (3. 1.)

66) So ſchon Nov. 123. cap. 7: Ut propositis sanctis Evangeliis secundum quod decet sacerdotes, dicant quod noverint. S. Gratian, post. c. 9. Can. XI. qu. I. Vergl. auch c. 7. X. de iuramento calumniae (2. 7.) (Gregor. IX. a. 1133): Propositis tantum, sed non tactis Evangeliis.

67) S. Capitulare III. a. 803, cap. 22; vergl. Cap. lib. III. c. 42.

68) C. 4. in fin. X. de iureiur. (2. 24.): Sic me Deus adiuvet et haec sancta Evangelia.

69) Vom J. 802: Si me Deus adiuvet et ista Sanctorum patrocinia, quae in hoc loco sunt (ſ. Baluzius, ed. Capitularium T. I. p. 377, 378).

70) Grimm, Rechtsalterth., S. 896. Vergl. Pellicia, de iuramento super sanctorum lipsana (in Eiusd. de christianae ecclesiae disciplina, ed. Braun, tom. II. (Colon. 1838, 8.) diss. VII. §. 4.

71) So ſchon c. 1. C. si adversus venditionem (2. 28.), wo es aber wohl auf die perſönliche Ableiſtung geht. In den ſpäteren Quellen ſehr oft: c. 2. X. de clericis peregrinis. (1. 22.) C. 10. X. de M. et O. (1. 33.) Clem. 1. §. 3. de haereticis (5. 3.): Iurabant ad S. Dei Evangelia, corporaliter a se tacta.

72) S. Falck, in den Eranien a. a. O. S. 105.

73) S. Belege bei Grimm a. a. O. S. 897, 898. Reyſcher, Symbolik des german. Rechtes, S. 27: — dieſer Eid heißt Naſtahit (Naſteid?)? S. Grimm a. a. O. S. 906. Graff, Sprachſchatz, Bd. 1, S. 152.

74) So öſterreich. Ger.-Ordn. §. 163.

gionstheile ein gleiches Formular nöthig ward. In den einzelnen Territorien ward demnach auch eine verſchiedene Weiſe üblich, die jedoch meiſtens ſpäter vereinfacht wurde, gewöhnlich nur: ſo wahr mir Gott helfe[75]). Ueberhaupt kommt hier Alles auf die Verſchiedenheit der Confeſſion an, auf welche zum Theil ſchon das gemeine, mehr aber noch das particulare Recht Rückſicht nimmt. So wird der in nicht wirklicher Eidesform erfolgenden Ausſage der Mennoniten die Kraft des Eides beigelegt[76]). Manche Eigenthümlichkeiten pflegen insbeſondere bei den von Juden zu leiſtenden Eiden hergebracht zu ſein[77]). Schon früh herrſchten hierbei verſchiedene Vorurtheile, welche auch die ſpätere Geſetzgebung, ſelbſt da, wo die Juden eine freiere Stellung erlangt haben, zu beſonderen Feſtſetzungen veranlaßt hat[78]). Wenn aber überall die Confeſſion hier zu berückſichtigen iſt, ſo kann es zweifelhaft ſcheinen, ob man Perſonen, welche ſich keinem Bekenntniſſe anſchließen, insbeſondere ſolche, welche an Gott und ein künftiges Leben nicht zu glauben behaupten, zum Eide zulaſſen ſolle[79]). Hierbei wird es auf die Form beſonders ankommen, mit welcher man eine Perſon verpflichten will, und wenn man ſich darüber vereinigt hat, wird die Auseinanderſetzung der Folgen des Meineides vor dem weltlichen Richter für genügend erachtet werden können. Eben deßhalb iſt auch allgemeiner die Verwarnung vor Meineid (avisatio s. admonitio de vitando periurio) bei jeder Eidesleiſtung von großer Wichtigkeit und in den Geſetzen oft verordnet, wie in Oeſterreich, Preußen, Hannover u. a.[80]). Von dieſer vor der Eidesleiſtung üblichen Verwarnung und reſp. Belehrung

---

75) Von Oeſterreich ſ. allg. Ger.-Ordn., §. 164; Helfert a. a. O. §. 106, Note d. In Preußen gab es früher verſchiedene Formulare (allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 316; Crim.-Ordn. §. 334, u. v. a.; Cab.-Ordre vom 8. Auguſt 1835 [Geſetzſamml. deſſ. J. S. 182]). Vgl. Hymmen, Beiträge zur juriſt. Lit. in den preuß. Staaten, Bd. 2, S. 82 flg.

76) S. z. B. allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 203, Nr. 5. Wegen der Philipponen desgleichen Cab.-Ordre vom 19. Nov. 1836, und Min.-Reſcr. vom 28. Januar 1837 (in v. Kamptz, Jahrb. H. 97, S. 175 flg.).

77) S. Lipenius, s. v. sacramentum Iudaeorum. Mittermaier, teutſches Privatrecht (5. Ausg.), §. 117, Anm. 32, cit. Lit. Tychſen, über die zweckmäßigſte Verbeſſerung des Judeneides, in v. Nettelbladt, Archiv für die Rechtsgelahrtheit in den mecklenburg. Landen, Bd. 1, S. 272 flg.

78) M. ſ. z. B. die ausführlichen Vorſchriften der allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 317—355, Anhang §. 90, 91; Edict vom 11. März 1812, §. 22, verb. mit den Verordnungen bei Heinemann, Sammlung der die religiöſe und bürgerliche Verfaſſung der Juden in den preuß. Staaten betreffenden Geſetze (Glogau 1831, 8.), S. 281 flg., S. 393. S. Paalzow, observat. ad ius comm. Borussicum fasc. I. (Berol. 1795), nr. 8: De solennitatibus observandis in iuramentis Iudaeorum. — Badiſche Verordnung vom 6. März 1813. — Kurheſſ. Geſetz vom 14. Febr. 1828, u. v. a.

79) S. Hommel, über die Abfaſſung des Eides bei einem Naturaliſten, in den rhapsodiae quaest. observ. 246. — Allg. Kirchenzeitung, 1831, Nr. 47, verb. 1830, Nr. 42. S. Göſchel a. a. O. S. 163, Anm. *.

80) Helfert a. a. O. §. 105, Note k. — Allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 204, 368, 369. — Bülow und Hagemann, prakt. Erörterungen, Th. 2, Nr. 15. — Brinkmann, wiſſenſchaftlich-praktiſche Rechtskunde, Bd. 1 (Schleswig 1831), Nr. 44.

wollen Manche die Bezeichnung: gelehrter Eid, erklären[81]), während man diesen Ausdruck wohl richtiger auf das Nachsprechen einer vorgesagten Eidesformel bezieht[82]). Ein solcher Eid heißt auch ein gestabter (iuramentum verbis conceptis)[83]), sei es von Stab (d. i. Eidesformel, Buchstabe) oder der Berührung eines Stabes beim Schwören[84]). Er wurde mit Mund und Hand geleistet, denn das persönliche mündliche Schwören ist das regelmäßige. Bei Stummen, Kranken, Abwesenden, bei hohen Personen genügt auch ein schriftlicher Eid[85]), so wie bei nicht feierlichen Eiden ein Specialbevollmächtigter in animam mandantis schwören kann[86]). Sonst genügt die Leistung des Eides durch einen Procurator 1) bei jedem iuramentum calumniae (s. Citate in Anm. 86), 2) bei der Einwilligung der anderen Partei[87]), 3) bei besonders privilegirten Personen[88]). Dieß kann insbesondere auch nöthig werden, wenn eine Corporation u. s. w. schwören soll. Sonst leisten die Vorsteher, Gemeindeältesten oder einige von der Partei vorgeschlagene Mitglieder, und nur den Umständen nach alle Glieder den Eid[89]). Den Staat oder Fiscus vertritt der Fiscal[90]).

### Arten des Eides.

Jeder Eid enthält eine besonders verstärkte Aussage oder Zusage, und darnach ist er Versicherungseid, Betheurungseid (iuramentum assertorium), oder Verpflichtungseid (iur. promissorium). Den Umständen nach kann ein und derselbe Eid in die eine oder andere Kategorie fallen (wie beim Zeugeneide), und beide Beziehungen können auch mit einander verbunden werden (wie beim Armeneide). Mit Rücksicht auf die Form unterscheidet sich der feierliche vom unfeierlichen (iuram. solenne und minus sol.), der gerichtliche vom außergerichtlichen (iuram. iudiciale, extraiudiciale) Eide. Nach dem Gegenstande wird der Eid prozessualischer und außer dem Prozesse abgelegter, nach dem Rechtsgrunde freiwilliger und nothwendiger u. s. w. Speciellere Eintheilungen sind bei der Betrachtung der einzelnen Eide selbst zu erwähnen.

---

81) Walch, Glossarium zur Carolina, s. v. gelehrt.

82) Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechtes, §. 422.

83) Gellius, lib. VII. cap. 5.

84) Die erste Erklärung bei Reyscher, Symbolik, S. 25, die andere bei Grimm, Rechtsalterth., S. 902. Vergl. auch Spangenberg, Beiträge zur Kunde der teutschen Rechtsalterth. (Hann. 1824, 4.), S. 21, N. 4, S. 26 flg.

85) S. österreich. Ger.-Ordn., §. 223, 227. Helfert a. a. O. §. 105, Note p—r. — Allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 203, Nr. 6, §. 227; Nr. 3, 4, §. 315. Vergl. allg. Landrecht, Th. 2, Tit. 20, §. 1419; Crim.-Ordn. §. 335, N. 1, 5.

86) C. 47. X. de testibus. (2. 20.) C. 4. X. de sententia excommunicat. (5. 39.) — C. 6. 7. X. de iuram. calumniae. (2. 7.) C. 3. eod. in VI. (2. 4.)

87) Allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 314.

88) S. Reichsabsch. von 1521, Tit. 7, §. 10.

89) Allg. Ger.-Ordn. a. a. O. §. 267 flg. Vergl. für Sachsen Hoepfner, meditat. ad ius iudiciar. (Lips. 1838.) fasc. I. n. 4; für Bayern Seuffert und Glück, Blätter für Rechtsanwendung, 1838, S. 49—58.

90) S. Seuffert u. Glück, Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern, Jahrg. 1837, S. 98 flg.

### 1) Der Verpflichtungseid.

Der promissorische Eid dient zur Verstärkung der Erfüllung eines Versprechens, und ist gewissermaßen ein einer Person gethanes Gelübde (daher: voveo et iuro). Hierbei ist aber eine doppelte Auffassung möglich, je nachdem man den Eid als ein Accessorium einer schon bestehenden Verpflichtung, oder als principal eine Verpflichtung erzeugend betrachtet. Im ersten Falle wird also das Rechtsverhältniß, auf welches sich der Eid bezieht, nicht umgestaltet, sondern es erhält die Obligation nur erhöhte Motive zur Solution. Dieß spricht das römische Recht bestimmt aus: **Generaliter, quotiens pactum a iure communi remotum est, servari hoc non oportet... nec iusiurandum de hoc ad actum servandum** [91]). Davon erkennt es aber folgende Ausnahmen an, in denen wirklich die Natur des obligatorischen Nexus selbst verändert und eine neue Verbindlichkeit erzeugt wird, nämlich 1) beim Vertrage zwischen dem Herrn und Sclaven über Dienste, welche der letztere noch nach der Manumission zu leisten sich eidlich verpflichtet [92]); 2) wenn ein Minor bei der Veräußerung einer Sache eidlich versichert, er wolle nach erlangter Großjährigkeit den Erwerb des Käufers nicht verhindern [93]). Dagegen soll nach canonischem Rechte ein Eid, der freiwillig, ohne Gewalt oder Betrug geleistet worden (**sponte, sine vi ac dolo praestitum**), ganz allgemein den Effect haben, einem Rechtsgeschäfte, das an sich nicht Sittlichkeit, wohlerworbene Rechte u. s. w. verletzt (**cum non vergat in aeternae salutis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum**), wenn es auch sonst ungiltig wäre, Giltigkeit zu verschaffen [94]).

Das canonische Recht enthält hierüber folgende Fälle: 1) die eidliche Intercession obligirt ein Frauenzimmer [95]); 2) der eidlich bestärkte Consens einer Frau zur Veräußerung ihres Dotalgutes ist bindend [96]); 3) der eidliche Verzicht auf eine künftige Erbschaft ist giltig [97]). Dazu kommt

---

91) L. 7. §. 16. D. de pactis. (2. 14.) C. 5. §. 1. C. de legibus. (1. 14.) Nov. 51. pr.

92) S. Epitome Caii lib. II. tit. IX. §. 4 (fehlt im ächten Gajus, und würde hinter lib. III. §. 94. zu erwarten gewesen sein). L. 7. pr. §. 1. D. de operis libertorum. (38. 1.) L. 36. D. de manumiss. testam. (40. 4.)

93) C. 1. C. si adversus venditionem (2. 28.), verb. Auth. Sacramenta puberum. eod. S. Anm. 98.

94) C. 28. X. de iureiurando. (2. 24.) C. 2. de pactis in VI. (1. 18.) Für diese Allgemeinheit des canon. Princips ist Thibaut, Theorie der logischen Auslegung, S. 61, 62; Lehrbuch der Pandekten, §. 114, und mit vielen Anderen Franc. Jac. Müller, de iureiurando canonico speciatim promissorio (Bonn. 1831, 8.), p. 32 sq. Lyncker, über die rechtliche Möglichkeit einem verbietenden Gesetze eidlich zu entsagen. Leipzig 1835, 8. Dagegen Weber, von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 120—123. Mühlenbruch, doctrina Pandectar. vol. I. §. 150. not. 6.

95) C. 9. X. de iureiurando (2. 24.) (Alexander III. a. 1180) — gegen Dig. XII. 1.

96) C. 28. X. h. t. (2. 24.) (Innocent. III. a. 1206). C. 2. h. t. in VI. (2. 11.) (Bonifac. VIII. a. 1298). — Gegen c. un. §. 15. C. de rei uxoriae actione. (5. 13.)

97) C. 2. de pactis in VI. (1. 18.) (Bonifac. VIII. a. 1299), gegen c. 4. C. de inutilibus stipulationibus. (8. 39.)

der ſchon dem römiſchen Rechte bekannte Fall (ſ. Anm. 93) des Verzichtes des Minor auf Reſtitution nach erlangter **maior aetas.**

Bis zur Mitte des zwölften Jahrhunderts gab es über die wichtige, hier in Betracht kommende Frage keine entſchiedene Praxis; denn Bulgarus und Martinus ſtritten darüber, wie die Stelle des römiſchen Rechtes (Anm. 93) zu verſtehen ſei, ob ein **ipso iure** giltiges Geſchäft, das durch Reſtitution angefochten werden ſolle, oder auch ein an ſich richtiges Geſchäft durch den Eid aufrecht erhalten würde. Kaiſer Friedrich I. entſchied zu Gunſten des Martinus, des Vertheidigers der letzteren Anſicht[98]). Dieſe ſelbſt hängt aber mit kirchlichen Grundſätzen über die Bedeutung des Eides zuſammen, und ward nun in den Entſcheidungen des römiſchen Hofes angewendet und erweitert (c. 28. X. h. t.), fand jedoch Widerſpruch in den weltlichen Gerichten, welche durch Androhung von Strafen zur Befolgung angehalten wurden (c. 2. h. t. in VI.). Selbſt hierauf war man noch nicht einig, und es ſoll ſogar Kaiſer Heinrich VII. die Authentica: **Sacramenta puberum**, aufzuheben beabſichtigt haben[99]). Man ſtritt nun theils darüber, ob der Grundſatz auch außer den obigen Fällen anwendbar ſei und dann, wie das Princip ſelbſt, wenn man dieß zugeſtände, zu limitiren ſein würde. Eine überwiegende Praxis war für die Ausdehnung (ſ. Anm. 94), für welche man ſich auch auf einige andere Decretalen berufen kann, deren Deutung freilich nicht unzweifelhaft iſt. So wegen der Entrichtung von Zinſen[100]), der **lex commissoria**[101]). Das Princip des canoniſchen Rechtes ſelbſt iſt: Jeder Eid bindet, wenn nicht die oben (Anm. 94) erwähnten Gründe entgegenſtehen. Dieß hat man aber verſchieden gedeutet, nämlich ſo, daß bei Geſchäften, die um des gemeinen Beſten willen abſolut verboten ſind, der Eid wirkungslos bleibe, während die zu Gunſten des Schwörenden eingegangenen an ſich ungiltigen Geſchäfte durch den Eid **tanquam ex nova causa** giltig werden. Dagegen will man vielmehr unterſcheiden, ob es vom freien Willen des Schwörenden abhängt, die Handlung, welcher er durch den Eid entſagt, zu unterlaſſen oder nicht; denn im erſten Falle muß er die Handlung unterlaſſen, damit der Eid unverletzt bleibe und ſein Gewiſſen nicht beſchwert werde. Vermöge des Grundſatzes: **omne iuramentum servan-**

---

98) Es erſchien wohl ein eigenes Geſetz des Kaiſers, das in II. f. 53. §. 3, und als Auth. sacramenta puberum, in den Codex nach der c. 1. C. cit. (2. 28.) überging. Man ſ. über die Geſchichte dieſer Authentica v. Savigny, Geſchichte des röm. Rechtes im Mittelalter, Bd. 4, S. 162 flg.

99) Albericus de Rosate in Authent. cit. (v. Savigny a. a. O. S. 170, Anm. 201), der zugleich berichtet, daß das Geſetz in Bergamo nicht befolgt wäre.

100) S. c. 1. 6. 20. X. h. t. (2. 24.) Vergl. Geſterding, Ausbeute von Nachforſchungen über verſchiedene Rechtsmaterien, Bd. 1, S. 79, 80, gegen J. H. Böhmer, ad c. 20. X. cit. und ius eccl. Prot. lib. II. tit. XXIV. §. 24. S. auch Eichhorn, Bd. 2, S. 537, Anm. 4.

101) C. 7. X. de pignoribus. (3. 21.) Thibaut, Lehrbuch der Pandekten, §. 649, Note *. Geſterding a. a. O. S. 78, 79. Dagegen J. H. Böhmer, ad cap. 7. X. cit., vergl. aber mit ius eccl. Prot. lib. II. tit. XXIV. §. 25. Glück, Commentar zu den Pandekten, Bd. 14, S. 93—95.

dum, quod salva salute aeterna servari potest, bindet jeder an ſich giltige Eid, mit Ausnahme desjenigen, welcher den Schwörenden zu einer ihm unerlaubten Handlung oder Unterlaſſung verpflichtet, mithin von ihm nicht erfüllt werden kann, ohne, nach der Anſicht des canoniſchen Rechtes, ſein Seelenheil zu gefährden [102]).

Wie man auch das wirklich allgemeinere canoniſche Princip erklären möge, ſo ſind doch die Folgen des Eides möglichſt nach der Natur des accessorium, als welches der Eid ſonſt im Verhältniſſe zum Geſchäfte praktiſch erſcheint, zu erklären. Der Eid iſt daher ſtreng zu interpretiren und nicht über den Inhalt des Vertrages auszudehnen [103]). Die ſtillſchweigend geſetzte Bedingungen werden durch den Eid nicht aufgehoben [104]), um ſo weniger die ausdrücklich hinzugefügten [105]). Mit der Hauptobligation muß daher auch der Eid ſelbſt zugleich wegfallen [106]).

Nur das eidliche Verſprechen kann wirklich erfüllt werden, das nicht abſolut unſtatthaft iſt (ſ. oben). Die Unſtatthaftigkeit [107]) bezieht ſich aber nur auf das Object, nicht auf den Eid an ſich, der heilig zu halten iſt. Iſt dennoch ein Widerſpruch zwiſchen dem Objecte und Eide, ſo bedarf es einer Ausgleichung. Das Urtheil hierüber ſteht nach canoniſchem Rechte der Kirche zu. Iſt ein Eid daher aus Zwang, Irrthum u. ſ. w. geleiſtet, ſo wird der Verpflichtete abſolvirt (relaxatio iuramenti) [108]). Hat dagegen Jemand freiwillig einen Eid geleiſtet, der aus moraliſchen oder geſetzlichen Gründen nicht erfüllt werden kann, ſo hat die Kirche deßhalb ihre Erklärung (interpretatio) abzugeben [109]), und eine den Umſtänden nach wegen des Leichtſinnes u. ſ. w. entſprechende Buße aufzulegen [110]). Im Allgemeinen entbindet der Biſchof den Verpflichteten, in ſchwierigeren Fällen iſt aber der Pabſt zu Rathe zu ziehen [111]).

Jetzt iſt die Löſung von der Pflicht aus unſtatthaften Eiden als reine Gewiſſensſache dem geiſtlichen Richter überwieſen, ſonſt aber über-

---

102) Geſterding a. a. O. S. 75, 76.

103) C. 35. X. h. t. (2. 24.)

104) C. 14. §. 2. Can. XXII. qu. II. — C. 13. X. de clericis non residentib. (3. 4.) C. 75. de R. J. in VI., verb. c. 28. X. de simonia (5. 3.) u. a.

105) C. 3. 25. 29. §. 1. X. h. t. (2. 24.) C. 3. X. de conditionibus appositis. (4. 5.) Beſonders übliche Bedingungen ſind die: si potero (c. 18. X. c. 1. in VI. h. t.), salvo iure et auctoritate superioris (c. 19. 22. X. h. t.), si non is sponte remiserit, in cuius favorem iuratum (c. 12. X. de foro competenti (2. 2.)), si res in eodem statu permanserint (c. 25. X. h. t.) u. a. m.

106) C. 2. X. de sponsalibus. (4. 1.)

107) Göſchel a. a. O. S. 176.

108) C. 2. 8. 15. X. h. t. (2. 24.)

109) C. 18. X. h. t. (2. 24.)

110) C. 12. §. 1. X. h. t. (2. 24.)

111) S. die Beiſpiel in c. 1. 2. 8. 15. X. h. t. Vergl. Gonzalez Tellez, ad c. 34. X. de electione (1. 6.) nr. 18. Lippert, in den Annalen des Kirchenrechtes, H. 3, S. 69 flg.

haupt in Angelegenheiten, bei denen der Eid concurrirt, der ordentliche weltliche Richter competent, welchem dann auch in den evangelischen Ländern die Vorentscheidung darüber zugewiesen worden, da die Entbindung selbst dem Inhaber der Kirchengewalt zugesprochen ist[112]).

Was aber das canonische Princip selbst betrifft, so ist in neueren Gesetzgebungen dasselbe nicht festgehalten. Das preußische Recht erklärt ausdrücklich: durch eidliche Bestärkung erhält kein Vertrag mehr Kraft, als ihm die Gesetze schon an sich beilegen[113]). Außergerichtliche Versprechungseide sind außerdem noch bei Strafe verboten[114]). Dasselbe ist durch Gesetz von 1821 in Hannover bestimmt worden[115]). Das französische Recht gedenkt des promissorischen Eides gar nicht, und hebt daher die Kraft desselben ganz auf[116]).

Der Verpflichtungseid bleibt hiernach überhaupt nur da von Bedeutung, wo eine besondere Solennität erforderlich scheint, wie bei verschiedenen Amtseiden, beim Lehn-, Unterthaneneide u. dergl.[117]), oder wo wirklich eine nova causa obligationis bewirkt werden soll, in welchem Falle aber wohl zweckmäßiger eine gerichtliche Untersuchung und Bestätigung eintritt. Es ist eine derartige Anordnung um so wünschenswerther, als die Einheit der teutschen Praxis dabei gewinnen würde, welche jetzt selbst bei gewöhnlichen und häufig vorkommenden Fällen noch nicht vorhanden ist[118]).

---

112) S. z. B. sächs. Constitut. vom 21. April 1572 (Codex August. T. I. S. 83). Vergl. J. H. Böhmer, ius eccl. Prot. lib. II. tit. XXIV. §. 53.

113) Allg. L.-R., Th. 1, Tit. 5, §. 199; vergl. §. 35 eod., Th. 2, Tit. 20, §. 1425; Th. 1, Th. 11, §. 1162; Th. 1, Tit. 16, §. 373.

114) Allg. L.-R., Th. 2, Tit. 20, §. 1426. Allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 248.

115) Gesetz vom 28. Dec. 1821 (Gesetzsamml. 1822, Abth. 1, S. 43).

116) Auch in England sind durch Gesetz vom 9. Sept. 1835 viele promissorische Eide abgeschafft worden (s. kritische Zeitschr. für Rechtswissenschaft des Auslandes, 1836, Bd. 8, H. 3, S. 487).

117) Eidliche Verpflichtung der Haus- und Wirthschaftsbeamten durch Gutsbesitzer ist hiernach zu mißbilligen, und auch particularrechtlich ausdrücklich untersagt. M. s. wegen Preußen Bornemann, systemat. Darstellung des preuß. Civilrechtes, Bd. 2, S. 525 flg.

118) M. vergl. z. B. die Widersprüche in einem Gutachten der heidelberg. jurist. Facultät (bei Lyncker [Anm. 94] S. 24 flg.), einem Erkenntnisse der göttinger jurist. Facultät (in Elvers' Themis, Bd. 1, H. 1, S. 154, Nr. 39), und bei Kattenhorn, über die Intercession der Frauen nach römischem Rechte (Gießen 1840, 8.), S. 202, 203. Während der letztere äußert: „In Gemäßheit des canonischen Rechtes erklärt der Gerichtsgebrauch die mit einem Eide bestärkte Intercession für giltig, wenn auch die Frau über ihre Rechtswohlthaten nicht belehrt ist, noch denselben entsagt hat, auch wenn diese in keinem öffentlichen Instrumente geschehen ist," heißt es in dem erwähnten göttinger Erkenntnisse von 1826: „Selbst die eidliche Entsagung einer Frau auf die beneficia senatuscons. Velleiani kann nur dann von Wirksamkeit sein, wenn eine gehörige Erklärung der Beschaffenheit der Schuld, der Rechtswohlthat und der Folgen der Entsagung vorausgegangen ist, welches Alles von demjenigen bewiesen werden muß, der sich auf die Entsagung der Frau beruft."

### 2) Der Versicherungseid.

Eine praktisch viel höhere Bedeutung, als der promissorische, hat der assertorische Eid, welcher in der Absicht geleistet wird, eine gethane Aussage zu bekräftigen. Der Inhalt dieser Aussage bezieht sich auf die behauptete Wahrheit und Wirklichkeit einer Thatsache, und der Eid ist daher iuramentum veritatis, gleichviel ob das positive Wissen oder Nichtwissen ausgesprochen wird (iuramentum scientiae und ignorantiae). In der Mitte zwischen Beidem liegt der Zweifel, das Dafürhalten, und bei der eidlichen Erklärung darüber entsteht der sogen. Glaubenseid (iuramentum credulitatis)[119]). Diesen haben manche Schriftsteller schlechthin verwerfen wollen, da der Eid „nur auf Facta, nicht auf Ueberzeugungen gerichtet sein darf"[120]). Indessen kann unter Umständen ein solcher Eid von Einfluß sein, um Präsumtionen zu begründen, oder auch weil der Gegner bei einer solchen Erklärung zufrieden gestellt wird. Daher lassen Andere einen solchen Eid zu, beschränken ihn aber auf die freiwillige, von den Parteien ausgehende, nicht durch den Richter erfolgte Auferlegung[121]). Die Praxis ist nicht einig[122]). Auf dem Princip des iuram. credulitatis beruht übrigens der Echtheitseid beim Institute der Consacramentalen; denn die Eideshelfer schwuren nicht, daß eine That wahr sei, sondern daß der, dem sie halfen, einen echten Eid ablege[123]). Auch wird bei Vernehmung mancher Zeugen (testes de auditu) der Glaubenseid oft hinreichen müssen[124]).

Der assertorische Eid ist gerichtlicher oder außergerichtlicher. Der letztere ist immer ein solcher, den ein Theil dem anderen freiwillig anträgt (iuramentum delatum, voluntarium), während der erstere auch vom Richter einer Partei auferlegt werden kann (iuramentum iniunctum, necessarium) (s. Anm. 139). Wichtig wird der Eid besonders im Prozesse. Insofern er zur Entscheidung der Sache selbst oder zur Fixirung des Objectes wesentlich dient, wird er Haupteid (iuramentum principale), im Gegensatze des Nebeneides (iur. minus principale)[125]). Wir betrachten jetzt die einzelnen Eide selbst, und zwar zunächst die gerichtlichen in Civil- und Criminalsachen, dann die außergerichtlichen. Bei den gerichtlichen Eiden in Civilsachen legen wir die Eintheilung in Haupt- und Nebeneide zu Grunde.

---

119) Der Sprachgebrauch ist nicht constant. In der allgem. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 139, wird der sonst stets als iuramentum de ignorantia bezeichnete Eid iuram. de credulitate genannt.

120) Mühlenbruch, Entwurf des gemeinrechtl. und preuß. Civilprozesses, §. 430, S. 193.

121) Thibaut, Lehrbuch der Pandekten, §. 1154. Linde, Lehrbuch des Civilprozesses, §. 301, Anm. 4.

122) So ist in Preußen erkannt worden, daß über Muthmaßungen ein Eid nicht zugeschoben werden dürfe (s. Simon und v. Strampff, Rechtssprüche der preuß. Gerichtshöfe, Bd. 3 (Berlin 1834, 8.), Nr. 23, S. 242 flg.

123) Grimm, Rechtsalterthümer, S. 893. S. noch Anm. 273.

124) S. z. B. c. 47. X. de testibus. (2. 20.)

125) Ueber diese Eintheilungen s. m. Thibaut, Lehrbuch der Pandekten, §. 1153; Martin, Lehrbuch des bürgerl. Prozesses, §. 129.

Digitized by Google

## A. Gerichtliche Eide in Civilsachen.

### I. Haupteide.

Unmittelbar auf die Entscheidung einer Sache beziehen sich der angetragene, der auferlegte und der Schätzungseid.

a) Iuramentum delatum (Haupt-, Schiedseid)[126]).

Die Römer bedienten sich von jeher des Eides in einem weiten Umfange, indem sie in Streitfällen vom Gegner die feierliche Erklärung begehrten, daß in dem vorliegenden Verhältnisse das Recht auf seiner Seite sei. Dieses Antragen des Eides konnte besonders erfolgen, um einem Prozesse vorzubeugen, und da Alles hierbei von dem freien Vereine der Betheiligten abhing, so war der Act ein außergerichtlicher[127]) und, wenn die Vereinigung zu Stande kam, als ein wahrer Vergleich zu betrachten[128]). Die Wirkung ist nun, daß wenn der Eid ein klagbares Recht anerkennt, nicht nur die frühere[129]), sondern auch eine neue auf den Eid gegründete Klage, eine actio iurisiurandi in factum, zur Geltendmachung des Rechtes entsteht[130]). Wird dagegen durch den Eid ein Recht negirt, so entsteht eine exceptio iurisiurandi, mit welcher der Gegner zurückgewiesen werden kann[131]). Der Eid tritt hier in die Stelle des richterlichen Urtheiles[132]), und die aus demselben hervorgehende actio und exceptio iurisiurandi ist daher gleich der actio und exceptio rei iudicatae. Im Erfolge ist der Eid aber selbst wirksamer, als ein Urtheil[133]), da, wenn einmal die erfolgte Eidesleistung feststeht, eine weitere gerichtliche Instanz nicht vorkommen kann. Der Antrag des Eides und die Annahme desselben liegt aber ganz im Willen der Interessenten, so daß die Verweigerung die Vereinbarung verhindert[134]).

Ob jetzt noch der außergerichtliche, deferirte Eid praktisch sei, ist bestritten[135]). Die Zulässigkeit scheint, wo sie nicht ausdrücklich in Territorialrechten verboten ist[136]), doch wohl behauptet werden zu können.

---

126) S. Paullus, sent. rec. lib. II. tit. I. §. 14. Vgl. oben Anm. 1. Thibaut a. a. O. §. 933. Theobald Rizy, der Beweis durch den Haupteid im österreich. Civilprozesse. Wien 1837, 8.

127) §. 11. J. de actionibus. (6. 6.) L. 17. pr. (extra iudicium). L. 26. §. 2. (ex conventione). L. 28. §. 10. D. de iureiur. (2. 12.)

128) M. Zick, utrum iusiurandum apud Romanos pro specie transactionis habita sit. Altdorf 1804. Vergl. L. 2. 27. 28. §. 1. 40. D. h. t. (12. 2.): Iusiurandum loco solutionis cedit.

129) Wie Thibaut, a. a. O. §. 933, behauptet.

130) L. 9. §. 1. D. h. t. (12. 2.): Actor actionem adquirit, in qua hoc solum quaeritur, an iuraverit etc. Vgl. §. 11. J. de actionibus. (4. 6.)

131) L. 9. pr. L. 28. §. 4. 6. 7. D. h. t. (12. 2.) Durch den Eid wird nämlich die obligatio civilis nicht zerstört, und daher nur eine exceptio für den Beklagten begründet.

132) Instar iudicii. S. L. 26. §. 2. D. h. t. (12. 2.)

133) L. 2. D. h. t. (12. 2.): Iusiurandum maiorem habet auctoritatem, quam res iudicata.

134) L. 5. §. 4. D. h. t. (12. 2.)

135) S. Linde, Lehrbuch des Prozesses, §. 6, Anm. 9.

136) Ist dieß in Preußen der Fall? Das Gesetz verbietet nur außergerichtliche promissorische Eide (s. oben Anm. 114). Da aber der Eid überhaupt einem Vertrage nicht mehr Kraft geben soll, als er an sich hat, so könnte man wohl das Verbot behaupten.

So wie durch Anwendung des Eides ohne förmliches Gerichtsverfahren transigirt wurde, konnte der Eid auch im Prozesse statt der sonstigen Beweismittel gebraucht werden. Auch hier ist ein Transact vorhanden [137]), und es entscheidet die Einwilligung der Parteien. Da aber die Sache einmal gerichtlich anhängig geworden, so kann nicht, wenn einmal der Eid angetragen ist, der Gegner willkürlich ohne weitere Folgen die Leistung versagen, sondern der Richter nöthigt ihn, zu schwören, oder dem anderen Theile den Eid zuzuschieben, oder den Prozeß zu verlieren (eum, a quo iusiurandum petitur, solvere aut iurare cogam [138])). Dieser im Gerichte zugeschobene Eid heißt daher iusiurandum necessarium, während der außergerichtliche voluntarium genannt wird; doch haben die neueren Schriftsteller einen abweichenden Sprachgebrauch [139]).

So lange der römische Prozeß noch in ius vor dem Magistratus und iudicium vor den Privatrichtern zerfiel, konnte der Eid in einem oder beiden Stadien des Verfahrens gebraucht werden. War er in iure angewendet, so kam es in der Regel nicht weiter zum Judicium [140]), und dieses wurde nur nöthig, wenn das Object noch zu ermitteln war und auf Execution geklagt werden konnte. Die Formel des Prätors bezog sich dann aber auch nur auf das Object, denn ein Beweis in der Sache war nicht mehr erforderlich. — Kam es zum Eide in iudicio, so gründete der Richter auf den Eid ein förmliches Urtheil, den Umständen nach den Beklagten condemnirend oder absolvirend [141]). Nachdem die extraordinaria cognitio zur Regel erhoben, und der ganze Prozeß vor dem Magistratus geführt wurde, folgte stets auf den Eid, in welchem Momente derselbe auch deferirt war, eine förmliche Sentenz.

In den Quellen des canonischen Rechtes finden sich über das iuramentum delatum keine speciellen Bestimmungen [142]), und so sind die des römischen Rechtes in Teutschland durch Uebertragung auf die Fälle, in denen der Eid der Partei ohne Eideshelfer (sola manus) genügte, zur Anwendung gebracht, und durch die Praxis und Particularrechte näher bestimmt worden. In wie weit aber überhaupt noch das römische Recht hierbei befolgt werden könne, ist bestritten. Es ergeben sich indessen die richtigen Grundsätze, wenn man erwägt, daß der Eid sowohl Transact, als Beweismittel sei, und der eine Gesichtspunkt den anderen nicht ausschließt [143]).

Da der deferirte Eid als Transact erscheint, so sind die subjectiven und objectiven Requisite darnach abzumessen. Deferiren kann nur

---

137) S. Anm. 128 cit. Vergl. L. 21. D. de dolo malo. (4. 3.)

138) Worte des prätorischen Edictes. L. 34. §. 6. D. h. t. (12. 2.), verb. c. 9. C. h. t. (4. 1.)

139) In der Ueberschrift des Titels der Pandekten, XII. 2, scheint iudiciale und necessarium gleiche Bedeutung zu haben.

140) S. L. 7. 9. pr. D. h. t. (12. 2.)

141) L. 34. §. ult. D. h. t. (12. 2.) Vergl. L. 25. §. 3. D. de probationibus. (22. 3.)

142) Erwähnung geschieht desselben in c. 36. X. de iureiurando. (2. 24.)

143) S. Linde, Lehrbuch des Prozesses, §. 302.

derjenige, welcher an ſich dispoſitionsfähig iſt, oder den nöthigen Conſens hat, und über das vorliegende Object insbeſondere zu verfügen ein Recht hat [144]). Insbeſondre bedürfen Perſonen, welche alieno nomine einen Eid antragen, der Genehmigung ihres Auftraggebers. So brauchen Vormünder die Erlaubniß der obervormundſchaftlichen Behörde, der procurator specialis (ad litem) hat ein mandatum speciale dazu nöthig, und dem procurator generalis (omnium bonorum) muß in ſeinem Mandate die Vollmacht zur Delation mitgegeben ſein [145]). Deferirt werden kann der Eid ebenfalls nur dem, mit welchem man transigiren kann, alſo dem Gegner im Prozeſſe und deſſen Repräſentanten [146]). Zuläſſig iſt die Delation über alle Objecte, über welche transigirt werden kann. Ausgeſchloſſen ſind daher die Gegenſtände, bei denen nicht eine causa pecuniaria, ſondern eine causa publica in Betracht kommt [147]). Auf den bei einem Verbrechen zur Sprache kommenden Schadenerſatz kann verzichtet werden; daher iſt auch Eidesdelation darüber ſtatthaft [148]). Bei einer quaestio status iſt die Delation wegen der öffentlichen Beziehung nur beſchränkt zuläſſig [149]).

Wenn hiernach die Rückſicht auf die Natur des Transactes überhaupt entſcheidet, ſo wird dieſelbe doch dadurch modificirt, daß der Eid zugleich eine höhere Bedeutung hat (ſ. oben), daher der Wille der Parteien nicht mehr in einem ſolchen Umfange Platz greift, als das römiſche Recht geſtattet, und es Sache des Richters iſt, dem Mißbrauche des Eides zu begegnen. Sodann entſcheidet aber auch der Geſichtspunkt, daß der Eid zugleich als Beweismittel betrachtet werden muß.

Ob der Eid überhaupt Beweismittel ſei, iſt beſtritten worden [150]). Bei der Delation des Eides und der darauf erfolgten Leiſtung oder Nichtleiſtung fällt der eigentliche Beweis weg, und es iſt ſomit die Eidesdelation ein Surrogat für den Beweis. Eben darum aber, weil das Reſultat ein gleiches iſt [151]), kann man dem Eide die Bedeutung des Beweismittels nicht entziehen, und muß auch die ſonſt für den Beweis entſcheidenden Principien [152]) hier feſthalten. Daher kann der Eid nur

---

144) S. oben Anm. 31 flg.

145) L. 17. §. 1—3. L. 18. 19. 34. §. 1. 35. pr. D. h. t. (12. 2.) C. 4. de procuratoribus in VI. (1. 19.) Vergl. allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 256—259, 284.

146) S. oben Anm. 31 flg. Vergl. allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 260—283.

147) S. oben Anm. 47 flg. Dazu ſ. m. L. 3. §. 1. D. h. t. (12. 2.) Paullus, sent. rec. lib. II. tit. I. §. 1. C. ult. C. de probationibus. (4. 19.) S. unten Anm. 261 flg.

148) Martin, Lehrbuch des Prozeſſes, §. 224, Note n. Linde, Lehrbuch, §. 302, Anm. 11.

149) S. L. 3. §. 2. 3. D. h. t. (12. 2.) C. 6. C. h. t. (4. 1.) — Wegen der Eheſachen vergl. oben Anm. 49, 50.

150) S. Mühlenbruch, Entwurf des Civilprozeſſes, §. 348.

151) Quasi satis probatum iureiurando oder atque si probatum esset. L. 5. §. 2. L. 11. §. 3. D. h. t. (12. 2.)

152) S. den Art. Beweis von Jordan, in Bd. 2, S. 108 flg.

über ſolche Punkte deferirt werden, welche für den Prozeß erheblich, rechtlich ungewiß ſind und ſich auf beſtimmte Thatſachen beziehen. Je nachdem dies facta propria oder aliena ſind, wird das iuramentum de veritate, und zwar scientiae, oder ignorantiae und de credulitate auferlegt werden können [153]). In welchen Fällen der eine oder der andere Eid aber überhaupt gefordert werden kann, müſſen die Umſtände ergeben und die Geſetze näher beſtimmen. So verordnet das öſterreichiſche Recht [154]): demjenigen, der in eigenem Namen Prozeſſe führt, kann der Haupteid ſowohl über eigene, als über fremde Handlungen aufgetragen werden, dem, der für einen Dritten einen Prozeß führt, nur über eigene Handlungen.

Was nun die Beweisführung [155]) ſelbſt betrifft, ſo beſteht a) die Beweisantretung in dem Antrage des Eides von Seiten des Beweisführers (Deferenten) an den Gegner (Delat), damit dieſer die Unwahrheit deſſen beſchwöre, was jener ſonſt auf andere Art zu erweiſen haben würde. Dieß geſchieht nach gemeinem Prozeſſe in der Beweisfriſt. Das zu beſchwörende Thema wird im Antrage bezeichnet mit der Bitte, dem Gegner den Eid aufzuerlegen. Der Richter prüft die Zuläſſigkeit, die aber nicht eine blos ſubſidiäre iſt [156]), und decretirt den Umſtänden gemäß. Particularrechtlich ſoll ſchon in der Klagſchrift auf den Eid eventualiter angetragen werden [157]); doch wird darauf in der Praxis nicht gehalten. — Nimmt der Deferent den einmal angetragenen Eid zurück, ſo kann er ſich dieſes Beweismittels in dieſem Prozeſſe nicht mehr bedienen [158]). b) Dem Delaten wird nun der Antrag zu ſeiner Erklärung mitgetheilt. Er hat zu beſtimmen, ob er den Eid annehmen oder zurückſchieben, oder ſein Gewiſſen mit Beweis zu vertreten ſuchen wolle. Erklärt er ſich gar nicht, ſo wird ſein Schweigen für Anerkenntniß des gegentheiligen Rechtes angenommen, und er verliert den Prozeß; denn manifestae turpitudinis ac confessionis est, nolle nec iurare, nec iusiurandum referre [159]). Entſchließt er ſich aber 1) zur Annahme

---

153) S. oben Anm. 119 flg. Vergl. Linde a. a. O. §. 302, Anm. 12 flg.

154) Allg. Ger.-Ordn. §. 207.

155) Martin a. a. O. §. 225—231. Linde a. a. O. §. 303—312.

156) S. Martin, §. 186, Note f. Linde, §. 303, Anm. 4. 5. Vgl. Günther, quando iurisiurandi delatio subsidiariae probationis naturam induere videatur. Lipsiae 1833, 4. Allgem. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 253.

157) So nach ſächſiſchem und preußiſchem Prozeſſe. Vgl. über die eventuelle Eidesdelation von v. d. Hagen und Piners, in Ulrich, Sommer und Böhle, neues Archiv des gem. und preuß. Rechtes, 1837, Bd. 4, H. 3, Nr. 25; 1838, Bd. 5, H. 3, Nr. 38.

158) C. 11. C. h. t. (4. 1.) Vergl. allg. Ger.-Ordn. a. a. O. §. 298 — 303.

159) L. 34. §. 6. 7. 9. L. 38. D. h. t. (12. 2.) C. 9. C. h. t. (4. 1.) S. Haubold, diss. de poena iurare nolentium. Lipsiae 1828, 4. — Die öſterreich. Ger.-Ordn., §. 209, nimmt an, daß der, dem der Eid anzunehmen oder zurückzuſchieben auferlegt iſt, durch ſein Schweigen zu erkennen gebe, daß er den Eid zurückſchiebe; vergl. aber auch §. 224.

des Eides, was mündlich zu Protokoll oder schriftlich geschehen kann, so setzt der Richter nach Normirung der Eidesformel (s. oben) einen Termin an, in welchem der Delat nach den üblichen Gebräuchen den Eid selbst leistet. Zuvor kann er aber vom Deferenten ein iuramentum de calumnia (s. unten) fordern [160]). Die Wirkung ist nun res iudicata (s. oben), welche jedoch durch den Beweis des Meineides wieder aufgehoben werden kann [161]). — Diese Wirkung tritt auch ein, wenn der Deferent den Eid erläßt [162]), oder der Delat vor der Ableistung des acceptirten Eides stirbt [163]), oder auch, wenn der Deferent das iuramentum calumniae nicht schwören will [164]). — Im Schwörungstermine wird über den Act ein Protokoll aufgenommen, und auf Verlangen den Parteien in Abschrift mitgetheilt. Zugleich wird schon vor dem Schwur den Betheiligten eröffnet, was aus der Annahme oder Nichtannahme des Eides für die Sache selbst folge, und es wird das jetzt bedingte Urtheil durch den Eid selbst purificirt. Bis zum letzten Augenblicke kann indessen unter Umständen der Delat noch zu anderen Mitteln greifen [165]), insbesondre also 2) dem Deferenten den Eid zurückschieben (referre iusiurandum), worauf dieser, ohne das iuramentum calumniae vom Referenten fordern zu dürfen [166]), selbst den Eid in umgekehrter und nach den Umständen vom Richter normirter Fassung abzuleisten hat, widrigenfalls zu Gunsten des Referenten erkannt werden muß [167]). Die Relation darf sich indessen nicht auf facta propria des Delaten beziehen [168]). Der Delat kann aber auch, um den Eid ganz zu vermeiden, 3) sich der Gewissensvertretung unterziehen, d. h. zur Beruhigung seines Gewissens (pro exoneranda conscientia) die Unwahrheit des thema probandum durch andere Mittel in gewöhnlicher Art beweisen [169]). Weder im römischen [170]), noch im canonischen Rechte findet sich deßhalb eine Be-

---

160) L. 34. §. 4. D. h. t. (12. 2.) S. Martin a. a. O. §. 224, Note g.

161) Vergl. L. 21. 22. D. de dolo malo. (4. 3.) — C. C. C. art. 107. Allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Th. 10, §. 300.

162) L. 6. 9. §. 1. D. h. t. (12. 2.) C. 1. 8. C. h. t. (4. 1.) S. allg. Ger.-Ordn. a. a. O. §. 285.

163) Es beruht dieß nicht auf c. 12. pr. C. h. t. (4. 1.) (s. Mühlenbruch a. a. O. §. 438), sondern auf der Praxis, und ist in Particularrechten anerkannt; z. B. allg. preuß. Ger.-Ordn. a. a. O. §. 378; allg. österr. Ger.-Ordn. §. 233.

164) L. 37. D. h. t. (12. 2.)

165) Quia nemo dubitat, modestius facere, qui referat, quam qui ipse iuret. L. 25. §. 1. D. de pecunia constituta. (13. 5.) Linde a. a. O. §. 306 a. E. S. allg. Ger.-Ordn. a. a. O. §. 294.

166) L. 34. §. 7. D. h. t. (12. 2.)

167) L. 34. §. 8 u. 9. D. h. t. (12. 2.) C. 12. §. 1. C. h. t. (4. 1.)

168) L. 11. §. 2. L. 12. 13. D. rerum amotarum. (25. 2.) C. ult. X. de iureiurando. (2. 24.) Allg. Ger.-Ordn. a. a. O. §. 292, 293.

169) S. bes. Georg Gust. Lüder, de origine et fundamento probationis pro exoneranda conscientia. Götting. 1827, 4.

170) Bei Quinctilian (instit. orat. lib. V. cap. 6) findet sich nur eine philosophische Deduction über die Gewissensvertretung in den römischen Gerichten. S. Lüder l. c. §. 4.

ſtimmung. Zwar wird ſie ſchon im dreizehnten Jahrhundert gebilligt[171]), wirklich gebraucht ſcheint ſie aber erſt ſpäter zu ſein, und iſt dann beſonders im ſächſiſchen Prozeſſe genauer entwickelt, ſo wie in die Particularrechte übergegangen[172]). Gelingt der Beweis, ſo iſt damit die Sache erledigt. Der Deferent kann aber dabei auch den Gegenbeweis unternehmen[173]). Gelingt der Beweis aber nicht vollſtändig, ſo wird derſelbe durch einen vom Richter auferlegten Eid ergänzt; ſonſt aber kann, was jedoch ſehr beſtritten iſt[174]), der Delat jetzt noch den deferirten Eid leiſten[175]), oder ihn dem Deferenten zurückſchieben[176]), worauf dieſer ſelbſt ſchwören oder ſein Gewiſſen durch Beweis vertreten kann[177]).

b) Iuramentum necessarium[178]).

Iuramentum necessarium, nach römiſchem Sprachgebrauche gleichbedeutend mit iudiciale (ſ. Anm. 139), alſo bezogen auf den im Gerichte zugeſchobenen Eid, bezeichnet jetzt den vom Richter einer Partei auferlegten Eid. Derſelbe iſt ſchon den Römern bekannt, denn während früher die Eidesdelation ganz in der Willkür der Betheiligten ſtand, konnte ſpäter unter Umſtänden der Richter dabei mitwirken, und ſelbſt einen Eid auferlegen. Zur Zeit des Cajus finden wir dieß anerkannt, nämlich ſo, daß der Richter, wenn der Beweis nicht genügend hergeſtellt iſt (in dubiis causis — inopia probationum) durch den Eid denſelben vervollſtändigen läßt[179]). Dieſer Eid iſt daher ein iuramentum suppletorium (Ergänzungseid). — Dem germaniſchen Rechte iſt der Vertheidigungseid ſehr geläufig, indem der Beklagte ſich vom Anſpruche des Klägers durch ſeinen Eid befreite. Das canoniſche Recht entwickelte die darüber beſtehenden Grundſätze weiter, und es entſtand das iuramentum pur-

---

171) Dafür iſt Bartolus (ad c. 14. §. 3. C. de non num. pecunia (4. 30.)); dagegen Jaſon (ad L. 38. D. h. t. (12. 2.) u. a. m.

172) S. Lüder l. c. Goldſchmidt, Abhandl. aus dem gem. teutſchen Civilprozeſſe (Frankf. a. M. 1818, 8.), Nr. 6. — Allg. Ger.-Ordn. a. a. O. §. 255, 287. — Haimerl, über die Gewiſſensvertretung nach öſterr. Geſetze, in Wagner-Dolliner, Zeitſchrift für öſterreich. Rechtsgelehrſamkeit, 1838, H. 2, S. 69 flg.

173) Dieß iſt beſtritten. M. ſ. indeſſen Martin a. a. O. §. 228, Note d; Linde a. a. O. §. 308, Anm. 3; vergl. beſonders Linde, über das Princip zur Löſung der Frage: ob bei Gewiſſensvertretungen eine Gegenbeweisführung auf Seiten des Deferenten zuläſſig ſei? in der Zeitſchrift für Civilrecht u. Prozeß, Bd. 3, H. 1, Nr. 1, und Höchſter, über Gewiſſensvertretung, ebendaſelbſt Bd. 9, H. 3, Nr. 14.

174) Gegen die oblatio iuramenti an und für ſich ſ. Göſchel a. a. O. S. 206 flg.

175) Dagegen die allg. öſterreich. Ger.-Ordn. §. 204; desgl. die preuß. S. Anm. 177 cit.

176) Auch darüber ſind die Anſichten getheilt. S. Linde a. a. O. §. 308. Anm. 6.

177) Die Praxis iſt darüber nicht einig. Vergl. Linde a. a. O. §. 307, Anm. 6. M. ſ. z. B. allg. Ger.-Ordn. a. a. O. §. 254, 255, 296, 305, und Koch, ſchleſiſches Archiv für praktiſche Rechtswiſſenſchaft, 1837, H. 1, S. 120.

178) S. Martin a. a. O. §. 129, 232; Linde a. a. O. §. 319, 320.

179) L. 1. 31. D. h. t. (12. 2.) C. 3. 12. C. h. t. (4. 1.)

gatorium [180]). Durch die Praxis und ſpätere Geſetzgebung iſt das Einzelne weiter ausgeführt worden [181]).

Der nothwendige Eid unterſcheidet ſich weſentlich vom deferirten; denn während der letztere wirkliches Beweismittel, formell beweiſend iſt, iſt der nothwendige Eid nur ein Ueberzeugungsgrund für den Richter und ein ſubſidiäres Hilfsmittel. Er iſt unzuläſſig, wenn vollſtändiger Beweis geführt worden, aber eben ſo, wenn nichts bewieſen iſt; denn in jenem Falle iſt für, in dieſem gegen den Beweisführer zu erkennen. Er kann alſo nur angewendet werden, wenn nicht vollſtändig bewieſen iſt. Der Beweis, welcher hier probatio minus plena iſt, wird ein halber (semiplena), mehr als halber (semiplena maior) oder weniger als halber (semiplena minor) [182]), je nachdem mehr oder weniger zu Gunſten des Beweisführers (Producenten) ſpricht. Iſt die probatio semiplena maior, ſo ergänzt der Producent den Beweis durch den Eid (daher iuramentum suppletorium), iſt ſie aber semiplena minor, dann befreit ſich der Product von der Forderung durch den Eid (iuramentum purgatorium). Iſt die probatio semiplena, ſo daß alſo gleich viel für beide Theile ſpricht, dann hat der Richter zu prüfen, wem der Eid mit mehr Recht zuzuerkennen iſt. Dieß wird beſonders davon abhängen, auf welcher Seite eher die Wahrheit erwartet werden darf, und dieſes iſt nach der Perſönlichkeit der Partei, der beſſeren Sachkenntniß u. ſ. w. zu ermeſſen; daher alſo das iuramentum de scientia im Allgemeinen eher, als das de ignorantia oder de credulitate aufzuerlegen ſein wird [183]). Fehlt es jedoch an jedem anderen Grunde, einen Theil dem anderen vorzuziehen, dann iſt nach dem Princip, daß in dubio immer eher für den Beklagten geſprochen werden muß [184]), dem Producten das purgatorium zuzuerkennen.

Der vom Richter auferlegte Eid muß angenommen werden, wenn nicht der Prozeß verloren gehen ſoll; denn Rückſchiebung iſt unzuläſſig, weil überhaupt nicht der Wille der Partei über die Eidesleiſtung entſcheidet, und Gewiſſensvertretung iſt nicht möglich, weil ja eben die Mangelhaftigkeit des Beweiſes Grund zur Eidesauflegung geworden iſt; es ſei denn, daß ſich etwa neue Beweismittel gefunden haben, in welchem Falle nun davon Gebrauch gemacht werden kann, und dieß iſt ſelbſt von Seiten des Gegners nach erfolgter Eidesleiſtung möglich, da das iuramentum necessarium keinen förmlichen Beweis erzeugt [185]).

---

180) S. Eichhorn, teutſche Staats- und Rechtsgeſchichte, Bd. 3, §. 461, Nr. 3. — S. c. 36. §. 1. X. h. t. (2. 24.) Vergl. noch beſonders unten Anm. 270 flg.

181) Von Particularrechten ſ. m. z. B. allg. preuß. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 251; Th. 1, Tit. 22, verb. Th. 1, Tit. 13, §. 24—26, und Anhang §. 105. Allg. öſterreich. Ger.-Ordn. §. 212, 213.

182) S. oben Bd. 2, S. 121.

183) S. aber noch Linde a. a. O. §. 319, Anm. 12.

184) L. 38. D. de re iudicata. (42. 1.) L. 125. D. de R. J.

185) L. 31. D. h. t. (12. 2.) Vergl. Hoffmann, ob und in wie weit kann die Wirkung eines ausgeſchworenen Eides durch neu aufgefundenen entge-

Auf diesen Eid kann erst nach geführtem Beweise im Endurtheile erkannt werden. Ansetzung des Termines, Fassung der Eidesformel und Leistung des Eides folgen wie sonst. Das Urtheil, welches auf den Eid basirt ist, wird durch die Leistung purificirt und einfach nach derselben durch ein Decret publicirt.

### c) Iuramentum in litem [186]).

Während in der Regel der Gegenstand des Beweises im Prozesse der Klaggrund selbst ist, nämlich das Recht und dessen Verletzung, kann unter Umständen auch das durch die Klage in Anspruch genommene Object in Betracht kommen, und insbesondre die Größe desselben wegen des Schadenersatzes und Interesse festgestellt werden müssen. Wo dieß durch Beweis nicht ermittelt werden kann, soll der Richter dasselbe schätzen (litem aestimare).

Unter gewissen Voraussetzungen und Beschränkungen verstattet aber das römische Recht dem Kläger das Object durch einen Eid zu bestimmen: iuramentum in litem, Schätzungs-, Würderungseid. Es geschieht dieß zur Begünstigung des Klägers und zur Strafe des Beklagten, indem nämlich jener durch die Schuld dieses nicht zu dem Seinigen gelangt, sei es durch dolus, culpa lata oder sonstige Verhinderung [187]). Dann aber kann überdieß der Beschädigte sowohl den directen als indirecten Schaden in Anspruch nehmen, und sogar das pretium affectionis dabei in Anschlag bringen [188]). Der Richter achtet nur darauf, daß nicht Mißbrauch getrieben werde, und bestimmt daher ein Maximum, über welches hinaus nicht geschworen werden kann. Die Anwendung des Eides ist aber auch anderseits beschränkt; denn die Klage, welche diesen Eid begründen soll, muß auf ein restituere oder exhibere (nicht dare oder facere) gerichtet und eine actio bonae fidei oder arbitraria sein [189]). — Der Richter erkennt auf den Eid, aber nicht blos in subsidium [190]). Es kann sich aber der Beschädigte auch eventuell dazu erbieten, und erst den Beweis in anderer Art versuchen, aber auch, um der Gefahr des Meineides zu entgehen, ganz darauf verzichten. Der

---

gengesetzten Beweis überhaupt wieder aufgehoben werden? in Scholz's III. und Gans', juriſt. Magazin. Neue Folge. Bd. 2, H. 3, Nr. 16.

186) Martin a. a. O. §. 129, 232. Linde a. a. O. §. 313. — S. Dig. XII. 3. Cod. V. 53. de in litem iurando.

187) L. 2. §. 1. L. 4. §. 4. L. 5. §. 3. D. h. t. (12. 3.) C. 2. 5. C. h. t. (5. 53.) L. 3. §. 2. D. ad exhibendum. (10. 4.) C. 7. X. de his, quae vi metusque c. fiunt. (1. 40.)

188) Vergl. aber Thibaut, System des Pandektenrechtes, §. 275, Nr. 5, §. 1166.

189) S. h. t. passim. — L. 3. §. 2. D. commodati. (13. 6.) C. 4. C. de actionibus emti venditi. (4. 49.)

190) Thibaut a. a. O. §. 1166, Note c. Linde a. a. O. §. 313, Anm. 6. — Dagegen ist der Eid nach preuß. Rechte ein subsidiärer. Allgem. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 22, §. 9 flg. Eben so hat das Appellationsgericht zu Celle entschieden. S. v. Rüling, Entscheidungen des kurhannöverschen Oberappellationsgerichtes (Celle 1805, 4.), Nr. 50. S. auch österreich. Ger.-Ordn. §. 214—218.

Eid bindet nicht formell, daher kann der Richter unter Umständen die bereits beschworene Summe herabsetzen[191]), und es kann selbst völlige Absolution des Beklagten nach erfolgtem Gegenbeweise eintreten.

Als besondere Anwendungen des Schätzungseides hebt man noch hervor das sogen. iuramentum Zenonianum und iuramentum quantitatis. Jenes beruht auf einer Verordnung des Kaisers Zeno vom Jahre 477, und gestattet, daß beim Interdicte Unde vi der Werth der bei der Dejection verloren gegangenen Objecte durch den Eid des Klägers bestimmt werden könne, vorausgesetzt, daß sich nicht durch einen anderen Beweis dieß ermitteln lasse[192]). Der Grund eines besonderen Gesetzes für diesen Fall lag darin, daß, da das Interdictum Unde vi nicht überall ein arbitrarium war, es zweifelhaft erscheinen konnte, ob dasselbe die Anwendbarkeit des iuramentum in litem stets gestatte. Der praktische Unterschied vom gewöhnlichen Würderungseide besteht darin, daß das Zenonianum nur subsidiär anwendbar ist. Das sogen. iuramentum quantitatis ist ein gewöhnlicher suppletorischer Eid, welcher in subsidium zur Anwendung kommt, und darin besteht, daß der Kläger beim Mangel anderer Beweise die Quantität eidlich versichert, und daß auch bei actionibus stricti iuris davon Gebrauch gemacht werden kann[193]).

## II. Nebeneide.

Unter einem Nebeneide ist derjenige zu verstehen, welcher nur mittelbar auf die Entscheidung des Hauptstreites Einfluß übt, oder nur Zwischenhandlungen des Prozesses betrifft. Unter diesen Begriff fallen sehr verschiedene Eide, welche hier einzeln zu betrachten sind.

### a) Iuramentum calumniae[194]).

Der Eid gegen Gefährde ist ein Sicherheitseid, welcher geleistet wird, um die Besorgniß der Chikane (calumnia, malitia) zu beseitigen.

Das römische Recht suchte schon früh durch verschiedene Mittel (legis actio per sacramentum, sponsiones etc.) dem böswilligen Prozessiren zu begegnen, und führte zu dem Behufe auch einen eigenen Eid ein, den der Beklagte dem Gegner und umgekehrt auferlegen konnte, daß er nicht ex calumnia klage, oder respectiv leugne[195]). Außerdem kam auch für specielle Thatsachen ein besonderer Eid der Art vor, und es mußte derjenige, welcher den Eid vom anderen Theile forderte, selbst schwören,

---

191) L. 4. §. 2. 3. L. 5. §. 1. 2. D. h. t. (12. 3.) Vgl. dazu Haenel, dissensiones dominorum etc. §. 35. p. 143.

192) C. 9. C. unde vi (8. 4.), verb. die Anm. 187 cit. Stelle der Decretalen.

193) L. 5. §. 4. L. 6. D. h. t. (12. 3.) — Gegen diesen Eid erklärt sich übrigens Busch, im Archiv für civilist. Praxis, Bd. 21, H. 2, Nr. 7, 2.

194) S. Goldschmidt, Abhandlungen aus dem Civilprozesse, Nr. 4. Martin, Lehrbuch, §. 312. Linde, Lehrbuch, §. 123, und daselbst cit. Lit. — Quellen: Tit. Cod. de iureiurando propter calumniam dando. (2. 59.) Tit. X. II. 7. in VI. II. 4. de iuramento calumniae.

195) Caii, institut. comment. IV. §. 172 (vergl. §. 1. J. de poena temere litigantium. (4. 16.)) L. 44. §. 4. D. fam. ercisc. (10. 2.) (Paulus, lib. VI. ad Sabinum).

daß er nicht ex calumnia den Eid begehre. Im Justinianischen Rechte ist dieser Eid mit Modificationen beibehalten. Zunächst ist bestimmt, daß wer eine Thatsache leugnet, schwören soll, daß er nicht calumniae causa leugne [196]); dann wurde vorgeschrieben, daß Advocaten eidlich erhärten sollen, daß sie nicht wissentlich die Vertheidigung einer schlechten Sache übernommen hätten [197]), und allgemeiner wurde ein Calumnieneid den Parteien auferlegt, nach welchem sie schwören sollten, daß sie eine gerechte Sache zu führen überzeugt wären, und nicht calumnioſe handelten [198]). Der Richter sollte ex officio diesen Eid den Parteien abfordern, und wenn sich Jemand weigern würde, denselben zu schwören, so solle er den Prozeß verlieren. Wegen der in besonderen Fällen zu leistenden iuramenta calumniae ergingen noch nähere Vorschriften [199]). Das canonische Recht schloß sich an diese Vorschriften an, modificirte sie aber. Wie im römischen Rechte wird ein iuramentum calumniae generale und speciale unterschieden. Der generelle Eid ist iur. calumniae im eigentlichen Sinne, in der Anwendung auf Temporalien, und iuramentum de veritate dicenda für Spiritualien, da bei diesen eigentlich gar kein Eid de calumnia gestattet war [200]). Diesen Unterschied hob indessen Bonifacius VIII. auf [201]). Der specielle Eid überhaupt heißt iuramentum de malitia, und kann nach der Verordnung des genannten Pabstes jederzeit im Prozesse vom Richter einer Partei auferlegt werden [202]). Abweichend vom römischen Rechte wurde aber auch statt der von diesem geforderten persönlichen Ableistung [203]), das Schwören durch Stellvertreter [204]) erlaubt, wozu zum Theil das praktische Bedürfniß führte, besonders um Corporationen [205]) repräsentiren zu lassen, und dann um für Kleriker, denen früher der Eid erlassen war [206]), und von denen er später begehrt wurde, Vertreter brauchen zu können. Früher war auch vorgeschrieben, daß der Eid gleich nach der litis contestatio geleistet werden müsse [207]), wogegen Bonifacius VIII. erklärte, daß

196) C. 1. C. h. t. (2. 59.)
197) C. 14. §. 1. C. de iudiciis. (3. 1.)
198) C. 2. C. h. t. (2. 59.)
199) Nov. 73. cap. 7. §. 3. Nov. 90. cap. 4. Nov. 112. cap. 2. Nov. 124. cap. 1.
200) C. 2. X. h. t. (2. 7.) C. 54. §. 2. X. de electione. (1. 6.)
201) C. 1. §. 2. h. t. in VI. (2. 4.)
202) C. 2. §. 2. h. t. in VI. (2. 4.)
203) C. 2. C. h. t. (2. 59.): Ipsae principales personae subeant iusiurandum. Nov. 124. c. 1.
204) C. 3. 4. X. h. t. (2. 7.) C. 3. h. t. in VI. (2. 4.) Die letzte Stelle fordert ein mandatum speciale.
205) C. 4. 6. h. t. (2. 7.)
206) Gestützt auf c. 25. §. 1. C. de episcopis (1. 3.) wurde den Geistlichen das iuram. calumniae erlassen. Vergl. Gesetz Heinrichs III. von 1047 bei Pertz, monum. Germ. vol. IV. Die Glossatoren waren darüber indessen nicht einig. S. Vetus Collectio §. 83; Rogerius, §. 86; Hugolinus, §. 64 (Haenel, dissensiones dominorum, p. 65, 118, 302). — Die spätere Erlaubniß c. 1. 5. 7. X. h. t. (2. 7.)
207) C. 14. §. 1. C. de iudiciis. (3. 1.)

auch im weiteren Verlaufe des Prozesses der Eid zulässig sei, aber überhaupt nicht als essentiell betrachtet werden, folglich auch wegbleiben dürfe [208]).

In Teutschland finden wir schon früh eine Art von Calumnieneid, indem der Kläger die Gewähr seiner Klage zu geloben hatte [209]). Man behielt dieß auch später bei, modificirte aber das dabei übliche Verfahren nach dem fremden Rechte. So finden wir es schon bei Tengler und dann in der Reichsgesetzgebung. Man bediente sich sowohl des generellen als speciellen Eides [210]). Indessen kam der generelle Eid nach und nach außer Gebrauch, wogegen der specielle nicht nur in bestimmten vom Gesetze ausgezeichneten Fällen, wie bei Gesuchen um Fristerstreckung, bei Anwendung von Rechtsmitteln, der Eidesdelation, sondern überall, wo Verdacht der Gefährde vorhanden ist, ex officio oder auf Verlangen der Parteien auferlegt werden kann. Es schwört dann die Partei oder deren Stellvertreter. Verweigerung des Eides führt den Verlust des Prozesses oder der nach den Umständen zu erwägenden Vortheile herbei. So wie im gemeinen, ist auch in Particularrechten der Eid noch üblich [211]). — Als eine besondere Anwendung erscheint auch das iuramentum dandorum et respondendorum [212]), indem bei dem articulirten Beweisverfahren beide Theile, der Fragsteller (Ponent) und der Antwortende (Ponat) sich eidlich verpflichten, der Wahrheit gemäß, ohne calumnia, zu verhandeln.

b) Iuramentum novorum [213]).

Indem die Gesetze eine wiederholte Würdigung eines Prozesses in mehreren Instanzen verstatten, müssen sie den Parteien auch die Mittel gewähren, welche der Fortsetzung der Sache selbst besonderen Vorschub leisten. Dazu gehört denn insbesondre das in der Appellationsinstanz zulässige sogen. beneficium nondum deducta deducendi, nondum probata probandi [214]). Schon das römische Recht erlaubt die Anführung neuer Thatsachen, wenn nur die Hauptsache dadurch nicht res nova

---

208) C. 1. pr. §. 1. h. t. in VI. (2. 4.)

209) S. sächs. Landrecht, Bd. 2, Art. 15; Bd. 3, Art. 14 (vergl. dazu die Glosse).

210) Kammergerichtsordnung von 1555, Th. 1, Tit. 65, 74; Th. 3, Tit. 13, §. 3. Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 124. J. R.-A. §. 43, 117, 118.

211) S. z. B. allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 22, §. 37—45; vergl. Th. 1, Tit. 10, §. 102, 150, u. v. a. für die besonderen Anwendungen.

212) Kammerger.-Ordn. von 1555, Th. 1, Tit. 69 flg. J. R.-A. §. 41. — A. W. Meyer, vom iuramentum dandorum et respondendorum. Göttingen 1780.

213) Als eine Art von iuramentum calumniae speciale sehen diesen Eid an G. L. Böhmer, principia iuris can. §. 840. — Martin, Lehrbuch des Civilprozesses, §. 292, Note h.

214) Nicht ohne Grund wird daher die Ansicht zurückgewiesen, als ob dies Beneficium als eigentliche Wirkung der Appellation zu betrachten sei. S. oben Bd. 1, S. 384, Anm. 175. Außer der dort cit. Lit. vergl. man Gesterding, neuer und besserer Beweis in der Appellationsinstanz; in der Ausbeute von Nachforschungen, Bd. 5, H. 2, S. 258 flg.

wird [215]). Das canoniſche Recht folgt demſelben Princip [216]), das auch in der Reichsgeſetzgebung anerkannt iſt [217]). Nach dem gemeinen teutſchen Rechte beſteht aber für die Parteien eine Beſchränkung durch Präcluſivfriſten für die ganze Beweisführung. Es wird daher die Ueberzeugung für den Richter nothwendig, daß die Partei nicht als nova beibringe, was ſie ſchon früher kannte und zu benutzen verpflichtet war. Zu dem Ende leiſtet der Producent das iuramentum novorum, „daß er ſeines angegebenen neuen An- und Vorbringens in erſter Inſtanz nicht Wiſſenſchaft gehabt, oder ſolches dermalen nicht einbringen können, oder einzubringen nicht für dienlich oder nöthig geachtet, nunmehr aber davor halte, daß ſolches Alles zur Erhaltung ſeines Rechtens dienlich und nothwendig ſei" [218]). Dieſe Clauſel macht den Eid eigentlich unwirkſam, und ſo iſt er vielfach abgeſchafft worden [219]). Da, wo materielle Wahrheit erſtrebt wird, wie im Criminalprozeſſe, iſt der Eid überhaupt nicht ſtatthaft [220]). Da der preußiſche Prozeß in Civilſachen eine gleiche Tendenz verfolgt, iſt ihm dieſer Eid auch unbekannt [221]).

Nach gemeinem Rechte iſt dieſer Eid auch erforderlich, wenn man wegen nova gegen ein rechtskräftiges Urtheil in integrum reſtituirt ſein will (ſogen. Reſtitutionseid). Nach Gemeinbeſcheid vom 7. Juli 1669 und 7. Juli 1671 ſollen Advocaten und Procuratoren deßhalb ſchwören, „daß weder ſie oder ihre Principalen von ſolchem neuen Einbringen vorhero einige Wiſſenſchaft gehabt oder ſelbiges zu der Sache dienlich zu ſein nicht vermeynet" [222]).

### c) Iuramentum testium.

Zum Begriffe eines Zeugen im rechtlichen Sinne gehört deſſen Vereidigung, welche jedoch erſt erfolgen kann, wenn die Glaubwürdigkeit des Ausſagenden nicht mehr zweifelhaft iſt. Dieß geſchieht ſowohl in Civil-, als Criminalſachen. Der Eid ſelbſt iſt aber entweder ein promiſſoriſcher oder ein aſſertoriſcher, je nachdem vor oder nach der Ausſage die Vereidigung erfolgt. Nach gemeinem Rechte iſt die vorhergehende Abnahme

---

215) C. 6. §. 1. 2. c. 37. C. de appellationibus. (7. 62.) C. 4. C. de temporib. appellat. (7. 63.) C. 2. in fin. C. sententiam rescindi non posse. (7. 50.)

216) C. 10. in fin. X. de fide instrumentorum. (2. 22.) Clem. 2. de testibus. (II. 8.) Clem. 5. de appellat. (2. 12.) S. Anm. 218.

217) Kammerger.-Ordn. von 1555, Th. 3, Tit. 33. J. R.-A. §. 73, 74, 118 u. a. m.

218) Dies gilt vom Appellanten und Appellaten in gleicher Art (ſ. vor. Anm. cit.). Uebrigens kennt ſchon das canoniſche Recht einen ähnlichen Eid. C. 4. de electione in VI. (1. 6.) (Gregor. X. a. 1274).

219) S. wegen der Praxis die Cit. bei Linde, §. 405, Anm. 13. Dagegen erklärt ſich auch beſonders Bayer, Betrachtungen über den Eid, S. 28, 29.

220) S. oben Bd. 1, S. 416, 417.

221) S. allg. Ger.-Ordn., Einleit. §. 58—60, Th. 1, Tit. 5, §. 22; Tit. 10, §. 5a; Tit. 14, §. 19, 41, Anhang §. 116.

222) S. Linde a. a. O. §. 424, Anm. 17. S. Bayer, über den Eid a. a. O. S. 29, 30.

des Eides vorgeschrieben[223]), während Particularrechte die nachfolgende[224]) bestimmt haben[225]). In manchen Fällen unterbleibt übrigens die Vereidigung der Zeugen, bald wegen öffentlicher Rücksichten, bald in Folge des Verzichtes der Parteien[226]). — Gleiche Grundsätze treten den Umständen nach auch bei der Zuziehung und Vereidigung von Sachverständigen ein[227]).

### d) Iuramentum editionis[228]).

Wenn Jemand sich beim Beweise im Prozesse einer Urkunde zu bedienen wünscht, und die Mittheilung (Edition) derselben von einer Person aus rechtlichen Gründen verlangt, diese aber die Herausgabe versagt, weil sie entweder den Besitz des Documentes leugnet, oder nicht ohne eigenen Nachtheil dasselbe ediren zu können behauptet[229]), so darf ein entsprechender Eid (Editionseid) zur Begründung der Behauptung gefordert werden. Die Grundsätze im Einzelnen beruhen hier theils auf dem gemeinen Rechte, theils auf der Praxis, theils auf particularen Vorschriften. Demnach kann der Eid geleistet werden von einer der Parteien dahin, „daß sie das Document nicht besitze, nicht wisse, wo es sich befinde, und nicht dolose über Seite gebracht habe u. s. w.“[230]). Wird von einem Dritten die Edition verlangt[231]), so kann dieser vom Fordernden sich ein iuramentum calumniae leisten lassen, dann aber auch den in Concreto geeigneten Eid nicht versagen[232]). Noch ist hier zu bemerken, daß, da der Beweis des Unterganges der Urkunde durch den dolus des Gegners den Inhalt der Urkunde nach gemeinem Rechte ersetzt[233]), hierbei particularrechtlich dem Producenten der Eid gestattet

---

223) C. 9. C. de testibus (4. 20.) (— prius, quam perhibeant testimonium). — C. 5. 17. 47. 51. X. de testibus. (2. 20.) — K. G. O. von 1555, Th. 1, Tit. 77.

224) So die allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Th. 10, §. 201, 202. Crim.-Ordn. §. 317.

225) Ueber den Vorzug der einen vor der anderen Weise s. m. die bei Linde a. a. O. §. 261, Anm. 2 cit. Literatur.

226) Das Einzelne s. m. in den einschlagenden Artikeln; vergl. indessen Martin, Lehrbuch, §. 200; Linde a. a. O. und des Beispiels wegen allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 203.

227) S. c. 6. §. 1. C. de secundis nuptiis. (5. 9.) Nov. 7. cap. 3. §. 2. K. G. O. von 1555, Th. 1, Tit. 85. Vergl. auch Martin, §. 218, Anm. f; Linde, §. 297, Anm. 4.

228) S. Goldschmidt, Prüfung der Gesetze und Behauptungen über den Editionseid; in seinen Abhandlungen aus dem Civilprozesse, Nr. 7. Martin a. a. O. §. 317. Linde a. a. O. §. 280.

229) Von beiden Fällen spricht c. 21. 22. C. de fide instrumentorum. (4. 21.)

230) S. z. B. allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 94—97.

231) Da die c. 22. C. cit. (4. 21.) eine lex restituta ist, so wird die Editionspflicht eines solchen nur unter Beschränkungen der übrigen Gesetze meistens angenommen (s. Anm. 228 cit.), in Particularrechten aber erweitert. S. z. B. allg. Ger.-Ordn. a. a. O. §. 101 flg.

232) S. Eidesformular in der allg. Ger.-Ordn. a. a. O. §. 103, 104.

233) S. c. 20. C. de probationibus (4. 19.) L. 2. §. 1. D. de iur. fisci. (49. 14.)

ist [234]). Wegen des Specielleren muß hierbei auf den Artikel Urkunden und Urkundenbeweis verwiesen werden, was in gleicher Art auch von dem nun zu erwähnenden Eide gilt.

d) Iuramentum diffessionis [235]).

Der Diffessionseid besteht in dem eidlichen Ableugnen der Echtheit einer Privaturkunde, welche von einer Person selbst oder deren Autor, so wie nach der Ansicht Mancher auch von Dritten [236]) herrührt. Ueber die Natur dieses Eides, und deßhalb über einzelne dabei geltende Grundsätze ist man nicht einig. Manche sehen ihn für ein iuramentum delatum an [237]), Andere für ein necessarium, und zwar ein purgatorium [238]) oder ein iuramentum calumniae [239]). Es ist der Diffessionseid vielmehr ein Ueberbleibsel des alten teutschen Vertheidigungseides [240]), wonach der Beklagte sich durch eidliche Reinigung von der Klage befreien konnte. Dieses Recht hatte der Beklagte überall, wo nicht das Zeugniß des Richters und der Schöffen ihm entgegenstand, weßhalb bei öffentlichen Documenten das Diffitiren nicht verstattet werden konnte [241]). Durch den sächsischen Prozeß wurde dieser Eid weiter ausgebildet und dann allgemeiner anerkannt. —

Der Beklagte (Product) schwört den Eid in Folge richterlichen Auftrages, der aber durch den Producenten veranlaßt werden kann [242]). Jedenfalls ist die Einstimmung des letzteren nöthig, denn er kann durch Uebernahme des Beweises der Echtheit der Urkunde den Diffessionseid überhaupt vermeiden. Der Product aber, dem der Eid zuerkannt ist, und der ohne Consens des Producenten den Eid nicht zurückschieben kann [243]), muß schwören, oder die Urkunde wird zu seinem Nachtheile für echt an-

---

234) Z. B. allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 120.

235) S. Sengebusch, diss. de indole iuramenti diffessionis. Gotting. 1801. — Piper, de vera iuram. diffess. indole. Jenae 1806. Zimmern, de iuramento diffess. Heidelberg 1817, 8. (in teutscher Uebersetzung in Barth, Sammlung auserlesener Dissertationen, Bd. 1 [Augsburg 1835, 8.], Nr. 4). — Goldschmidt, Abhandlungen aus dem Civilprozesse, Nr. 8. Ueber den Diffessionseid, und ob er überhaupt in den Gesetzen gegründet sei? u. m. a. bei Martin a. a. O. §. 186, Note v; §. 207, Note e; §. 214, Note d. Linde a. a. O. §. 288. Mühlenbruch, Entwurf des Civilprozesses, §. 406.

236) S. Martin a. a. O. §. 213, Note d. Dagegen Linde a. a. O. §. 288, Note 1 cit. Lit. Nach preuß. Rechte kommen Urkunden Dritter nicht in Betracht; allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 133, 134, 137, 138, 140.

237) So Thibaut, System des Pandektenrechtes, §. 1181, der ihn für einen stillschweigend zugeschobenen erklärt.

238) Indem die Präsumtion der Echtheit zerstört wird. So meist die älteren Prozessualisten, cit. bei Linde a. a. O. Anm. 4.

239) Wie Martin a. a. O. (Anm. 236). S. auch Eichhorn (folg. Anm. cit.), Note f.

240) Eichhorn, teutsche Staats- u. Rechtsgesch., Bd. 3, §. 461, Note c. Goldschmidt a. a. O. §. 5, 6.

241) Vergl. die Belege bei Eichhorn a. a. O. Bd. 2, §. 382, u. a.

242) Daß wegen der Verhandlungsmaxime dies stets geschehen und der Richter nicht ex officio den Eid auferlegen könne, nimmt Linde a. a. O. (s. Anm. 6 daselbst) an.

243) S. aber Thibaut a. a. O.

genommen. Dem Producenten ſteht es aber auch ſpäter noch frei, die Echtheit der diſſitirten Urkunde zu beweiſen[244]).

f) Iuramentum perhorrescentiae[245]).

Ein an ſich fähiger Richter kann unter Umſtänden als verdächtig recuſirt, der Verdacht ſelbſt muß rechtlich begründet werden. Das römiſche Recht ſucht in verſchiedener Weiſe zu bewirken, daß kein iudex suspectus entſcheide, überläßt aber dann in Concreto den Parteien ante litem inchoatam (i. e. contestatam) iudices delegati, und zwar ohne Anführung von Gründen zu recuſiren[246]), worauf arbitri in die Stelle der iudices treten, welche aber mit der Befugniß wahrer Richter entſcheiden. Das canoniſche Recht weicht davon ab, indem es die Anführung von Gründen (causa legitima iustae suspicionis) im Falle einer Recuſation fordert und deren Prüfung dem Biſchofe oder den arbitri überweiſt, worauf nach Umſtänden ein anderer Richter eintritt[247]). Die Recuſation wurde hierauf auch immer geſtattet, jedoch mit abweichenden Beſtimmungen in Folge der Praxis der Civiliſten und Canoniſten[248]). Jene erklärten ſie für zuläſſig, ohne Anführung von Gründen, und verlangten nur die Leiſtung eines iuramentum calumniae speciale, dieſe aber begehrten wirkliche Gründe. Die gemeinrechtliche Praxis iſt eben darum auch nicht entſchieden. Manche Schriftſteller geſtatten ſchlechthin den Eid, um einen der Partei verdächtigen Richter zu recuſiren (iuramentum perhorrescentiae, eiuratio)[249]). Andere dagegen ſehen dieſen Eid nicht als einen ſelbſtſtändigen Verwerfungsgrund, ſondern nur als zur Beſcheinigung dienend, ſtatt des Beweiſes beſtimmter angeführter Gründe[250]), wieder Andere als ein iuram. suppletorium an, und fordern den Beweis des Verdachtes, den ſie eidlich ergänzen laſſen, wenn die Gründe des Recuſirenden nicht hinlänglich ſonſt feſtgeſtellt werden können[251]). Noch An-

---

244) Dagegen Mühlenbruch a. a. O.

245) Vergl. beſonders Cropp, über die Bedingungen der Recuſation eines Richters und über das Verfahren dabei, in Heiſe und Cropp, juriſtiſche Abhandlungen, Bd. 2 (Hamburg 1830, 8.), Nr. 1. Die ſogen. 2. Ausgabe von Lotz, civiliſt. Abhandlungen (Koburg und Leipzig 1832, 8.), worin Nr. 2. „Ueber die Recuſation eines Richters und die Zuläſſigkeit des Verwerfungseides," iſt nur die mit neuem Titelblatt ausgegebene erſte Auflage von 1819. — Sixt. Friedr. Kapff, diss. inaug. de natura iuramenti perhorrescentiae. Tubing. 1838, 8. (damit verb. man die gründliche, wenn gleich kurze, Beurtheilung in Richter und Schneider, krit. Jahrb. für teutſche Rechtswiſſenſch., 1839, Bd. 5, S. 270).

246) Liceat ei, qui suspectum iudicem putat, eum recusare. C. 16. 18. C. de iudiciis. (3. 1.)

247) C. 61. X. de appellationibus. (2. 21.) C. 4. de officio et potestate iudicis de leg. in VI. (1. 14.)

248) Das Einzelne gehört in den Artikel Richter u. a. m. Inzwiſchen ſ. m. Gloſſe zu c. 16. C. cit. (3. 1.). Hugolinus, de dissensionibus dominorum, §. 114—117 (Haenel, dissensiones cit. p. 344 sq.).

249) So z. B. Thibaut, Syſtem ꝛc., §. 1259. S. auch Geſterding, im Archiv für civiliſt. Praxis, Bd. 4, Nr. 13, und Ausbeute von Nachforſchungen, Bd. 1, Nr. 4.

250) S. Martin, Lehrbuch, §. 59, Note i.

251) S. Cropp, oben cit. Linde, §. 81.

dere wollen den Eid gar nicht zulassen, und fordern sonstigen Beweis [252]). Hiernach ist die Praxis und Gesetzgebung selbst abweichend. Meist wird angenommen, der Eid trete an die Stelle des Beweises der Recusationsgründe [253]).

g) Iuramentum paupertatis [254]).

Die Gerichtspflege kann nicht zu Gunsten eines Einzelnen unentgeldlich sein. Wo aber die Nothwendigkeit vorhanden ist, wird Sportelfreiheit gerechtfertigt. Das gemeine und particulare Recht gesteht dieß Armen zu, d. h. hier solchen, die nicht so viel besitzen oder erwerben, daß ihnen nach Abzug des nothdürftigen Unterhaltes etwas zur Bestreitung der Prozeßkosten übrig bleibt. Dieses muß nun derjenige, welcher auf dies Beneficium Anspruch machen will, beweisen, oder wenn dies nicht thunlich ist, beschwören. Der Armeneid ist gemischter Natur, assertorisch und zugleich promissorisch, indem der Arme sich verpflichtet, später, wenn sich seine Umstände gebessert haben sollten, die Kosten zu erstatten [255]).

h) Iuramentum cautionis [256]).

Das eidliche Angelöbniß als Sicherheitsbestellung, juratorische Caution, ist ein Mittel, welches angewendet wird, wenn es an anderen geeigneten Objecten, besonders Pfand und Bürgen, fehlt. In besonderer Anwendung erscheint dieser Eid bei der Caution wegen Erstattung der Prozeßkosten (iuramentum expensarum) [257]), und findet sich noch oft in Particularrechten anerkannt [258]).

i) Iuramentum manifestationis [259]).

Manifestations- oder Offenbarungseid ist die eidliche Anzeige über das Vorhandensein von Vermögensobjecten, zugleich mit dem Versprechen nachträglicher Meldung, wenn etwas übersehen sein sollte. Dieser Eid kann in sehr verschiedener Weise zur Anwendung kommen,

---

252) Cropp a. a. O.

253) So in Hannover, s. v. Rüling, Entscheidungen des kurhannöverschen Oberappellationsgerichtes zu Celle (Celle 1805, 4.), Nr. 91. S. auch die Entscheidung des Oberappellationsgerichtes zu Jena, in Adolph Martin, Jahrb. der Gesetzgebung und Rechtspflege in Sachsen, Bd. 2 (Neustadt a. d. O. 1830, 8.), S. 323 flg. — Unzulässig ist der Eid nach der preuß. allgem. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 2, §. 143 a. E.

254) S. Linde, Lehrbuch, §. 120, Anm. 12. Albrecht, über den Armeneid im gemeinen Civilprozesse; in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 11, H. 1, Nr. 3. Vergl. den Art. Armenrecht, Bd. 1, S. 440 flg.

255) Die hierher gehörigen Gesetze weist Albrecht a. a. O. nach. S. auch preuß. allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 23, §. 30 flg., §. 41.

256) S. Linde, Lehrbuch, §. 122, Anm. 6. S. den Art. Caution, Bd. 1, S. 610, 611.

257) S. Martin, Lehrbuch, §. 232, Anm. a. Linde a. a. O. §. 119, Anm. 13, §. 313, Anm. 15. Vergl. oben Bd. 1, S. 616—618.

258) S. z. B. allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 21, §. 11—13. Hier leistet der Kläger den Eid, „daß er alles angewendeten Fleißes ungeachtet, die ihm auferlegte Caution durch Bürgen oder Pfänder nicht bestellen könne, und daß er dem Gegentheile, falls er demselben die Kosten zu erstatten verurtheilt werden sollte, dieselben nach seinem besten Vermögen redlich bezahlen wolle."

259) F. E. Rödiger, Versuch einer vollständigen Entwickelung der Lehre vom Manifestationseide. Leipzig 1831, 8.

und fällt demnach bald in die Kategorie eines deferirten oder nothwendigen Eides u. s. w., worüber Particularrechte Genaueres festzusetzen pflegen [260]). Die wichtigsten Anwendungen sind bei der Verwaltung fremder Güter, indem von den Administratoren die Richtigkeit der Inventarien, Rechnungen u. s. w. beeidet werden muß, wenn dazu Veranlassung vorhanden ist; desgleichen bei Erbschaftsverhältnissen, indem von solchen, die sich zur Zeit des Todes im Hause des Erblassers befanden oder die zum Besitze der Erbschaft gelangten u. s. w., auf Verlangen der Miterben, Creditoren u. A. der Eid geleistet werden muß [261]); dann ganz besonders beim Concurse, indem bei Gelegenheit der Inventur von dem Gemeinschuldner und dessen Angehörigen der Eid gefordert wird, so wie von demjenigen, welcher zur cessio bonorum zugelassen sein will u. a. [262])

Nachdem bisher die in Civilprozessen üblichen Eide betrachtet worden sind, müssen noch die in Criminalsachen vorkommenden beleuchtet werden.

### B. Eide in Criminalsachen [263]).

Die Anwendbarkeit des Eides in Angelegenheiten des Strafrechtes kann nach der Natur des Eides einerseits und der Bedeutung des Criminalrechtes anderseits immer nur eine sehr beschränkte sein. Anerkannt ist er als Sicherheitsmittel, ähnlich wie bei Civilsachen (s. Anm. 256—258), jedoch nur bei geringem Verdachte der Flucht, wo selbst wohl das durch Handschlag bestärkte Angelöbniß hinreicht, oder bei geringen Vergehen [264]). Auch gehört die Urfehde hierher, als der Eid eines aus der Haft entlassenen Verbrechers, welcher geloben mußte, nicht Rache zu nehmen (urpheda de non ulciscendo) und, wenn er des Landes verwiesen war, nicht zurückkehren zu wollen (urpheda de

---

260) Martin a. a. O. §. 270, Note i. Linde a. a. O. §. 374, Anm. 7. — Ueber das preuß. Recht s. m. allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 22, §. 28 flg., und wegen verschiedener Anwendungen das Register zur allg. G.-O. s. h. v. Ueber das badische Recht s. m. Hohnhorst, Jahrbücher des Oberhofgerichtes zu Mannheim. Neue Folge, 1833, S. 85 flg. Beck, Merk u. A., Annalen der großherz. badischen Gerichte, 1833, S. 193 flg. Ueber Bayern, nach der Gerichtsordnung von 1753, s. Zeitschrift für Theorie und Praxis des bayerschen Rechtes, Bd. 1, H. 2, S. 178 flg. u. a. m. — Oesterreich. Ger.-Ordn. §. 219, 220.

261) S. Gönner, auserlesene Rechtsfälle, Bd. 1 (Landshut 1801, 8.), S. 356. v. Schirach, Beiträge zur Anwendung des Rechtes u. s. w. (Hamburg 1822, 8.), Abh. 29.

262) S. deßhalb oben den Art. beneficium eiurationis, Bd. 1, S. 899 flg.; Concurs u. a.

263) S. Heffter, über die Anwendung von Haupteiden im gem. teutschen Criminalprozesse; im neuen Archiv des Criminalrechtes, Bd. 14, H. 1 u. 2. Mittermaier, die Lehre vom Beweise im teutschen Strafprozesse, §. 66—68. Darmstadt 1834, 8. Bauer, Lehrbuch des Strafprozesses (Göttingen 1835, 8.), §. 153—158, u. die daselbst cit. Lit. S. auch oben den Art. Beweis in Strafsachen, Bd. 1, S. 170 flg.

264) S. oben den Art. Caution, Bd. 2, S. 609, 611. Bauer (vor. Anm. cit.), §. 74, Anm. c.

non redeundo). Sie ist jedoch fast allgemein abgeschafft worden [265]). Der Zeugeneid (s. oben Anm. 223 flg.) ist üblich. Am wichtigsten ist der Eid als Beweismittel und gerade in dieser Beziehung ist er für das Criminalrecht fast durchaus bedeutungslos. So lange das Strafrecht noch auf dem Standpunkte des Privatrechtes sich befand, und demgemäß der Accusationsprozeß die Regel bildete, also auch Verzicht möglich war, konnte dem Gebrauche des Eides nichts entgegen stehen. Das römische Recht gestattet daher den Eid bei Pönalklagen (s. oben Anm. 147, 148), weshalb auch später in causis pecuniariis, bei fiscalischen Geldstrafen u. s. w. der Gebrauch des Eides öfter vertheidigt worden ist [266]). Mit Recht ist aber erinnert worden, daß dies auf dem Wege des Criminalprozesses nicht zulässig sei, und die Statthaftigkeit davon abhängt, daß nach dem bestehenden Landesrechte ein civilrechtliches Verfahren dabei üblich ist [267]).

Nach dem Princip, daß in causis publicis Eidesdelationen nicht erlaubt seien, behaupteten auch die meisten Glossatoren schon, daß ein iuramentum calumniae in causis criminalibus nicht gefordert werden dürfe. Doch vertheidigte Martinus besonders gegen Bulgarus das Gegentheil [268]), und allgemeiner billigte selbst Guilielm. Durandus die Eidesdelation [269]). Die gemeinrechtliche Praxis hat dies aber niemals anerkannt. Zu erwägen bleibt nur noch der nothwendige Eid, in seiner zweifachen Gestalt, als suppletorium und purgatorium (s. oben Anm. 179 flg.).

### Der Reinigungseid [270]).

Reinigungseid ist die eidliche Versicherung eines Angeschuldigten, daß er ein gewisses Verbrechen nicht begangen habe, oder daß eine gewisse ihm aufgebürdete Thatsache nicht wahr sei.

Es kann nicht wohl geleugnet werden, daß bei den Römern eine Befreiung von einer Schuld durch Eid möglich gewesen sei [271]), doch ist

---

265) S. Feuerbach, Lehrbuch des Criminalrechtes, §. 199. Martin, Lehrbuch des Criminalprozesses, §. 148. In Preußen abgeschafft durch Rescript vom 18. April 1796, später aber bei entlassenen Festungsgefangenen wieder eingeführt.

266) S. C. A. Müller, de iuramenti delatione in causis fisc. pecun. Rostoch. 1708.

267) S. Heffter, im neuen Archiv des Criminalrechtes, Bd. 14, H. 1, Nr. 2, Abschn. 3.

268) S. Vetus Collectio de dissensionibus dominorum, §. 16. Rogerius, §. 42. Hugolinus, §. 65, 66. (Haenel, diss. dominor., p. 13, 101, 304, 305, vergl. p. 596).

269) Speculum lib. II. tit. II.

270) Biener, Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprozesses (Leipzig 1827, 8.), S. 22 flg. Abegg, Beiträge zur Geschichte des Beweisverfahrens im Strafprozesse, insbesondre zur Geschichte und Kritik des Reinigungseides; in seinen historisch-praktischen Erörterungen u. s. w., Th. 1 (Berlin 1833, 8.), Nr. 1. Bauer und Mittermaier a. a. O. — Der Reinigungseid im Criminalprozesse von v. Wieck, im Archiv des Criminalrechtes. N. F. 1840, H. 3, Nr. 13, S. 342 flg.

271) S. z. B. L. 5. §. 8. D. de iniuriis (47. 10.): Hac lege (sc.

der deßfalls angewendete Eid sowohl objectiv, als formell von dem strafrechtlichen Reinigungseide durchaus verschieden [272]). Die Grundlage desselben ist vielmehr die altgermanische Sitte, nach welcher ein Angeschuldigter sich durch seinen Eid reinigte, indem zugleich Gehilfen (coniuratores, consacramentales, compurgatores) aus der Zahl der Verwandten und Freunde, der Gildegenossen mitschwörend die Echtheit des Eides bezeugten [273]). Diese Zeugen sind zur Unterstützung ihrer Partei in der Fehde verpflichtet, und helfen beim Gerichte, das an die Stelle der Fehde getreten ist. Diesen Gebrauch erkannte die Kirche an, und zwar zuerst bei Laien, dann auch bei Geistlichen, indem sie den Angeklagten sich durch den Eid von dem Verdachte des bezüchtigten Vergehens befreien ließ. Als ein praktisch-wichtiges Institut wurde es auch von Gratian berücksichtigt [274]). Während nach älterem teutschen Rechte und den in der Kirche anerkannten Grundsätzen dieser Eid vom Angeschuldigten gefordert werden konnte, um sich zu reinigen, ausgenommen wenn der Kläger mit Consacramentalen den Beweis führte, oder der Beklagte nicht ehrenwerth war [275]), ließ Innocenz III. bei der Einführung des Inquisitionsprozesses diesen Eid als einen subsidiären durch den Richter auferlegen, wenn ein Ankläger nicht vollständig beweisen konnte, oder bei der Inquisition auf infamia nichts fest constatirt wurde [276]).

Der bisherige altgermanische Eid ging nun unter, und die Consacramentalen konnten auch wegfallen [277]), da stets vor der Zulassung zum Eide eine Prüfung der Zulässigkeit Seitens des Richters erfolgen mußte, und es blieb nur der subsidiäre canonische Reinigungseid praktisch. Diesen selbst deutete man nun verschieden, indem man ihn bald als ein medium eruendae veritatis, gewissermaßen als eine geistige Tortur ansah [278]), und als der Ehre nachtheilig betrachtete, bald mehr nach den Grundsätzen des Civilprozesses angewendet wissen wollte. Er wurde nun überhaupt seltener angewendet und vielfach ganz abgeschafft [279]), ausdrücklich wie in Preußen (Crim.-Ordn. §. 392), Baden (Eidesordnung §. 21),

---

Cornelia) permittitur actori iusiurandum deferre, ut reus iuret, iniuriam se non fecisse. Vgl. L. 6. §. 4. D. de his, qui notantur infamia (3. 4.) u. a.

272) S. Abegg a. a. O. S. 14 flg.

273) S. oben Anm. 123. Vergl. Literatur bei Mittermaier a. a. O. S. 482.

274) S. Can. II. qu. V. S. auch Tit. X. II. 34. de purgatione canonica. Biener a. a. O. Abegg a. a. O. S. 32 flg.

275) Dann traten Ordalien ein, eine purgatio vulgaris. S. Tit. X. V. 35. Vergl. Abegg a. a. O. S. 38 flg.

276) C. 17. 19. 21. X. de accusat. (5. 1.) C. 10. X. de purgat. canonica. (5. 34.) Vgl. Biener, S. 27.

277) Gedacht wird ihrer noch in der Kammergerichtsordn. von 1555, Th. 2, Tit. 10, §. 1, so wie im Concept der Kammergerichtsordn. v. 1613, Th. 2, Tit. 11, §. 4.

278) S. Carpzov, practica rer. crim. P. III. qu. 116. S. Abegg a. a. O. S. 115 flg., S. 127.

279) S. J. C. Althof, über die Verwerflichkeit des Reinigungseides in Strafsachen, nebst erläuternden Criminalfällen. Rinteln 1835, 8. Vergl. Mittermaier, a. a. O. S. 485, 486.

oder ſtillſchweigend, wie in Oeſterreich, Bayern u. a. m. Da, wo der Eid noch praktiſch iſt [280]), treten im Allgemeinen folgende Beſtimmungen ein.

Objectiv wird ein ſolches Verbrechen vorausgeſetzt, bei welchem keine ſchwere Strafe eintritt, da die Beſorgniß vorhanden iſt, daß um einer ſolchen zu entgehen, der Schuldige ſich eher entſchließen wird, den Eid zu leiſten. Indeſſen wird doch öfter, kein Verbrechen ausgenommen, wenn nur nach der Perſönlichkeit des Schwörenden kein Meineid zu befürchten iſt [281]). Dieſe ſubjective Rückſicht iſt aber überhaupt entſcheidend, und die Unbeſcholtenheit des Inculpaten ſollte immer über die Zuläſſigkeit des Eides ſchlechthin den Ausſchlag geben. Rückſichtlich des Beweiſes, der durch den Eid ſupplirt werden ſoll, iſt vorauszuſetzen, daß derſelbe ſchon bis zu einem gewiſſen Grade geführt worden, und daß es an anderen Mitteln fehle, ſich volle Ueberzeugung zu verſchaffen. Schwache Verdachtsgründe reichen nicht hin, den Eid zu fordern, und dringender Verdacht, bei welchem die Unſchuld ſehr unwahrſcheinlich iſt, würde gegen die Zulaſſung zum Eide ſprechen. Es muß daher der Thatbeſtand ſchon in gewiſſer Weiſe feſtſtehen und ein erheblicher Verdacht gegen den Inculpaten vorhanden ſein. In der Praxis wird gewöhnlich halber Beweis gefordert. Die Wirkung des geleiſteten Eides iſt die völlige Freiſprechung des Beklagten, nicht bloße Abſolution von der Inſtanz [282]), wobei aber nach dem Princip ſtrafrechtlicher Urtheile überhaupt eine Wiederaufnahme der Unterſuchung, wenn ſich Gründe dazu finden, nicht ausgeſchloſſen ſein kann. Weigert der zum Eide Aufgeforderte die Leiſtung, ſo wächſt der Verdacht gegen ihn, ohne daß aber ein Anerkenntniß der Schuld ſelbſt angenommen werden darf, was mit dem Princip des Criminalrechtes bezüglich materieller, nicht formeller Wahrheit, unvereinbar ſein würde. Da Verzicht im Strafprozeſſe nicht ſtattfinden ſoll, iſt es auch nicht zu billigen, wenn einzelne Geſetze in der Ablehnung des Eides ein wirkliches Bekenntniß finden und Strafe eintreten laſſen, wenn dies auch nur bei geringen Vergehen der Fall iſt.

In Beziehung auf Form, Abnahme des Eides u. ſ. w. treten die allgemeinen Regeln ein. Wegen der Eidesformel iſt aber mit Recht angenommen, daß man ſich auf das Factum zu beſchränken habe, und daß in dem Urtheile auf Leiſtung nicht zugleich der Erfolg bedingter Weiſe, wie in Civilſachen (ſ. oben), zu bezeichnen ſei. — An und für ſich kann das Schwören des Reinigungseides die bürgerliche gemeine oder Standesehre nicht afficiren und den Verluſt eines Amtes nicht nach ſich ziehen, wenn nicht etwa derſelbe darum eintritt, weil nach Statuten oder Geſetzen eine in Unterſuchung geweſene Perſon überhaupt dieſes oder jenes Amt nicht bekleiden kann [283]). — Noch kommt hier in Betracht

---

280) S. v. Wieck a. a. O. S. 346 flg., 357 flg.

281) S. Heffter, Lehrbuch des Criminalrechtes, §. 639, Anm. 2, 3, und die cit. Lit.

282) S. Mittermaier a. a. O. §. 68, Nr. 6.

283) S. Bauer a. a. O. §. 157, Anm. c.

### der Erfüllungseid [284]).

Der Erfüllungs- oder Ergänzungseid in Criminalsachen ist von Seiten des Anklägers ganz unstatthaft. Man kann sich deshalb schon auf das römische Recht beziehen, welches vom Accusator überzeugende materielle Beweismittel fordert [285]). Wirklich anerkannt ist auch dieser Eid nirgends. — Anders scheint es dagegen mit dem Ergänzungseide des Angeklagten, insofern dieser eine nicht vollständig bewiesene Entschuldigung durch den Eid zur Ueberzeugung erhebt, und daher dieser Eid nach der Analogie des Reinigungseides für anwendbar, eben darum aber auch, wo dieser abgeschafft ist, selbst mit für aufgehoben erklärt wird. Demgemäß ist er auch in der Praxis anerkannt, wird indessen doch von einzelnen Criminalisten überhaupt verworfen [286]). Die Voraussetzungen für den wirklichen Gebrauch des Eides sind nach der Analogie des Reinigungseides persönliche Glaubwürdigkeit des Angeklagten und ein nicht genügender Beweis der zur Entschuldigung dienenden Thatsache, nach der Praxis öfters wenigstens halber Beweis. Durch Leistung des Eides wird der Beweis supplirt, durch Verweigerung des Eides aber geschwächt.

Zum Schlusse unserer Darstellung erwähnen wir noch die wichtigeren

### C. Außergerichtlichen Eide.

Die außergerichtlichen Eide sind theils promissorisch, theils assertorisch. Zu jenen gehören die verschiedenen Amts- und Diensteide, welche sich nach der Beschaffenheit des einzelnen Amtes selbst abweichend gestalten. Es muß deßhalb hier auf die besonderen Artikel im Rechtslexikon hingewiesen werden. Man sehe deßhalb schon oben Anm. 117, und vergl. z. B. den Art. Beamte, Bd. 1, S. 744; Bischof, Bd. 2, S. 222, u. a. m. Wegen der eidlichen Verpflichtung auf die Symbole u. s. w. ist ebenfalls im Art. Kirchenbeamte, Ordination u. s. w. das Erforderliche auszuführen. Promissorische außergerichtliche Eide sind auch beim Abschlusse der Ehe, bei der Taufe (durch die Pathen), der Confirmation u. s. w. im Gebrauche.

Zu den außergerichtlichen assertorischen Eiden gehört das iuramentum simoniae derer, die zu kirchlichen Stellen befördert werden (s. Art. Kirchenbeamte u. a.), der Ledigeid (iuramentum coelibatus, integritatis, de statu libero), von solchen, die eine Ehe eingehen wollen, dann geleistet, wenn sie nicht in anderer Weise ihren Ledigstand zu beweisen vermögen, was bei Fremden oder auch wohl bei solchen, die eine zweite Ehe abschließen, unter Umständen nöthig werden kann. Hier wird ein Handgelöbniß meistens für hinreichend erachtet werden dürfen.

H. F. Jacobson.

**Eigenthum,** s. am Schlusse des E.

---

284) Bauer a. a. O. §. 158, und cit. Lit.

285) C. ult. C. de probationibus. (4. 19.)

286) So besonders von Mittermaier a. a. O. §. 66.

**Einkindschaft**, Einsetzung zum rechten Vater oder zur rechten Mutter, unio prolium. — Ging der Mann in der alten Zeit eine zweite Ehe ein, und erzeugte er in dieser ebenfalls Kinder, so waren die Kinder beider Ehen, hinsichtlich des Rechtes auf Alimentation und Ausstattung aus dem ehelichen Vermögen, so wie hinsichtlich des Erbrechtes an demselben einander völlig gleich, weil sie Kinder eines Vaters waren, und die Verschiedenheit der Mutter keine Verschiedenheit in jener Hinsicht bewirken konnte. Es bestand sonach unter den Kindern eines Vaters aus verschiedenen Ehen ohne allen Vertrag stets von selbst eine natürliche Einkindschaft.

Als sich der Grundsatz geltend machte, daß die Frau an dem ehelichen Vermögen Theil habe, fand derselbe in verschiedenen Gegenden Teutschlands eine verschiedenartige Anwendung. In manchen Gegenden nämlich ging daraus die allgemeine eheliche Gütergemeinschaft hervor, wobei alles in der Ehe vorhandene Vermögen, woher immer es rühren mag, beiden Ehegatten in unzertrennter Gemeinschaft gehört. Sind Kinder vorhanden und die Ehe löst sich durch den Tod des einen Ehegatten auf, so wird entweder die Gütergemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern fortgesetzt, oder es tritt das Verfangenschaftsrecht der Kinder ein, indem diesen das unbewegliche Vermögen zufällt und der überlebende Ehegatte blos die Nutznießung desselben nebst der fahrenden Habe behält [1]). In anderen Gegenden richteten sich die ehelichen Güterverhältnisse nach dem römischen Rechte, neben welchem aber als eigenthümlich teutsches Product allgemein eine Gemeinschaft der Errungenschaft und der fahrenden Habe Fuß faßte. Im Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten mit Hinterlassung von Kindern fiel hierbei dem überlebenden Ehegatten gewöhnlich sein eingebrachtes Vermögen nebst einem Theile der Errungenschaft und der fahrenden Habe anheim; das Eingebrachte des Verstorbenen, nebst dem anderen Theile der Errungenschaft und fahrenden Habe erbten die Kinder; jedoch behielt der Ueberlebende das gesammte Vermögen ungetheilt in Besitz und Benutzung, so daß also auch hierbei eine Gemeinschaft zwischen demselben und den Kindern bestand.

Wollte unter diesen Verhältnissen der überlebende Ehegatte zu einer neuen Ehe schreiten, so hielt man, um Verwickelungen, welche besonders für die Kinder früherer Ehe Schaden bringend waren, zu vermeiden und ein einfaches Verhältniß herzustellen, für nöthig, daß zuerst eine Uebereinkunft getroffen werde [2]), wodurch entweder die bestehende Gemeinschaft des Vermögens aufgehoben und jedem Betheiligten der ihm gebührende Theil überliefert, oder wodurch die Gemeinschaft aufrecht erhalten und auf die neue Ehe dergestalt übertragen wird, daß die Kinder der früheren Ehe (Vorkinder) gegen Einwerfung ihres in der Gemeinschaft begriffenen Vermögens in die neue Ehe, den in dieser zu erzeugenden Kindern (Nach-

---

1) Ringelmann, historische Ausbildung und rechtliche Natur der Einkindschaft (Würzburg 1825), §. 8—10.

2) Beck und Lauteren, das Landrecht oder die bürgerlichen Rechte und Sitten der Grafschaft Erbach und Herrschaft Breuberg im Odenwald (Darmst. 1824), S. 271.

Kindern), hinsichtlich des Rechtes auf Alimentation, Ausstattung und Beerbung beider Eltern vollkommen gleichgestellt, sonach als Kinder derselben Ehe betrachtet werden. Diese Einkindschaft erscheint als eine künstliche Nachbildung jener natürlichen, welche vermöge des früheren Güterverhältnisses unter den Kindern desselben Mannes aus verschiedenen Ehen sich von selbst begab. Wie nun bei jener natürlichen das väterliche Mundium über die Kinder früherer Ehe von selbst fortdauerte, so wird wohl auch diese künstliche meist die Folge gehabt haben, die elterliche Gewalt der neuen Eheleute auf die Kinder früherer Ehe zu erstrecken, insofern letztere noch minderjährig, sonach elterlicher Zucht und Erziehung bedürftig waren. Mit Unrecht wird daher wohl diese Wirkung blos dem Einflusse der römischen Juristen beigemessen, welche die Einkindschaft als ein Analogon der adoptio und adrogatio behandelten[3]); obgleich die vertragsmäßige Einkindschaft schon in ihrem Ursprunge um so leichter von dem Einflusse des römischen Rechtes berührt werden konnte, als sie gerade der durch letzteres bewirkten Veränderung der Güterverhältnisse ihren Ursprung verdankt, daher sich ihr Dasein historisch nicht über die Zeit des geltenden römischen Rechtes zurückführen läßt[4]), und sie auch in südteutschen Gegenden, in Franken, Schwaben und am Rhein, wo das römische Recht zuerst und leichteren Eingang fand, am frühesten und häufigsten vorkam, dagegen in dem, dem römischen Rechte weniger zugänglich gewesenen nördlichen Teutschland zum Theil fast ganz unbekannt blieb[5]).

Es beruht somit die Einkindschaft auf einem Vertrage, welcher die Eingehung einer Ehe, so wie das Dasein von Kindern früherer Ehe (Vorkinder) auf Seiten beider sich Verehelichenden oder wenigstens eines derselben voraussetzt[6]). Ihr Zweck ist, den Vorkindern dafür, daß sie den Besitz, die Verwaltung und Nutznießung des ihnen von ihrem verstorbenen parens erblich zugefallenen Vermögens ihrem lebenden parens und dessen neuem Ehegenossen gänzlich überlassen, gegen diese beiden die nämlichen Rechte auf Alimentation, Ausstattung und Beerbung zu ertheilen, welche den in dieser Ehe zu erzeugenden Kindern (Nachkindern) zustehen, gleich als wären sie ebenfalls aus dieser Ehe entsprungen. Diese Gleichstellung geht aber keineswegs so weit, für die Vorkinder neue Standes-, Verwandtschafts- und Familienrechte, nicht einmal Erbloosung, zu erzeugen; vielmehr bleiben in dieser Beziehung deren bisherige Verhältnisse durchaus unberührt und unverändert.

Nach den Statutarrechten ist zur Giltigkeit des Einkindschaftsvertrags vor Allem erforderlich Einwilligung sämmtlicher Interessenten, nämlich der sich Verehelichenden und ihrer Kinder früherer Ehe. Sind letztere minderjährig, so bedarf es der Zustimmung ihrer Vormünder oder näch-

---

3) Dieck, Artikel Einkindschaft in der Encyclopädie der Wissenschaften und Künste, herausg. von Ersch und Gruber, Th. 22. — Ringelmann a. a. O. §. 18, 19.

4) Bodmann, rheinische Alterthümer, S. 914.

5) Ringelmann a. a. O. §. 11.

6) Mittermaier, Grundsätze des gemeinen teutschen Privatr. (5. Ausg.), §. 368.

sten Blutsverwandten von der Seite des verstorbenen parens oder anderer mit ihren Verhältnissen vertrauter Männer [7]). Ferner ist erforderlich schriftliche Beurkundung und, nach vielen Statutarrechten, Bestätigung des Vertrages durch das Gericht (Schöffengericht, Gericht des Wohnortes der Contrahenten) [8]). Um die minderjährigen Kinder vor Schaden und Nachtheil zu behüten, soll das beiderseitige Vermögen genau ausgemittelt, Verzeichnisse darüber aufgestellt, und von den Verwandten und Vormündern erwogen werden, ob die Kinder nicht bedeutend mehr Vermögen einsetzen, als sie dereinst durch Beerbung der Eltern zu erwarten haben. Ergibt sich, daß dieses der Fall sei, so soll ein angemessener Theil des Vermögens der Kinder von der Einkindschaft ausgeschlossen, und als ein Voraus und Sondergut für sie zurückbehalten werden [9]), woran den Eltern kein Recht, außer etwa dem natürlichen parens die Nutznießung, so lange die Kinder minderjährig sind, zusteht [10]). — Nicht allein aber die Vermögensverhältnisse, auch die Persönlichkeit der sich Ehelichenden, ihr Charakter und Lebenswandel, namentlich in wirthschaftlicher Hinsicht, sind zu berücksichtigen, und wenn hierdurch die Kinder gefährdet erscheinen, so ist es Pflicht der Verwandten und Vormünder, ihre Zustimmung zu der Einkindschaft zu verweigern, so wie des Gerichtes, die Bestätigung zu versagen [11]). — Manche Statutarrechte erfordern außerdem zur vollständigen Wirksamkeit der Einkindschaft das wirkliche Dasein von Kindern aus verschiedenen Ehen, und erklären dieselbe für unwirksam und erloschen, wenn zur Zeit des Absterbens eines Ehegatten nur Kinder aus einer Ehe vorhanden sind [12]), wodurch der Verletzung des Notherbenrechtes der Ascendenten der Stiefeltern vorgebeugt wird. Die entgegengesetzte Bestimmung enthält unter anderen das preußische Landrecht, erfordert aber dabei die Einwilligung der Ascendenten der Eltern in die Einkindschaft, und behält diesen, wenn solche nicht erfolgt, ihr Recht auf den Pflichttheil vor [13]).

---

7) Solmser Landrecht, Tit. 22. Kurpfälzer Landr., Th. 2, Tit. 25, Nr. 1. Landr. der obern Grafschaft Katzenellenbogen, Th. 2, Tit. 2, §. 3. Beck und Lauteren, erbacher Landr., S. 275. Landr. der Grafschaft Hohenlohe, Tit. 6, Nr. 3, 4. Stadtrecht der ehemaligen Reichsstadt Wimpfen, Tit. 6, §. 3. Landr. des ehemaligen Hochstiftes Würzburg, bei Schelhaß, Beiträge zur teutschen Gesetzeskunde, 1. Heft, S. 102. Preußisches Landr., Th. 2, Tit. 2, §. 723, 724.

8) Mainzer Landr., Tit. 2, §. 8. Solmser Landr. a. a. O. Kurpfälzer Landr. a. a. O. Nr. 1. Landr. der obern Grafschaft Katzenellenbogen a. a. O. §. 3—5. Wimpfner Stadtr. a. a. O. §. 4. Landr. der Grafschaft Hohenlohe a. a. O. §. 5. Trierer Landr., Tit. 9, §. 3, 4. Preuß. Landr. a. a. O. §. 721. Schelhaß a. a. O. S. 103.

9) Beck und Lauteren a. a. O. S. 281, 283 flg. Kurpfälzer Landr. a. a. O. Nr. 1, 2. Mainzer Landr. a. a. O. §. 8, 9, 14, 15. Solmser Landr. a. a. O. Wimpfner Stadtr. a. a. O. §. 4. Landr. der Grafsch. Hohenlohe a. a. O. Nr. 4. Schelhaß a. a. O. S. 108.

10) Wimpfner Stadtr. a. a. O. §. 8. Solmser Landr. a. a. O.

11) Schelhaß a. a. O. §. 69. Ringelmann a. a. O. S. 36.

12) Landr. der obern Grafschaft Katzenellenb. a. a. O. §. 12. Kurpfälzer Landr. a. a. O. Nr. 7. Solmser Landr. a. a. O.

13) Preuß. Landr. a. a. O. §. 728, 729.

Da die Vorkinder das für sie durch die Einkindschaft begründete Erbrecht titulo oneroso erwerben, so kann ihnen solches nicht durch letztwillige Verfügung der Eltern entzogen oder geschmälert werden [14]), indem sonst den letzteren die Möglichkeit gegeben wäre, den Zweck des Einkindschaftsvertrages einseitig zum Nachtheil der anderen Contrahenten zu vereiteln. Wegen für sie gefährdender Verfügungen der Eltern unter Lebenden können die Vorkinder Aufhebung des Verhältnisses und Zurückgabe ihres Vermögens oder Sicherheit verlangen.

Die Wirkungen der Einkindschaft erstrecken sich auf das Vermögen der Eltern und nur auf dasjenige der Vorkinder, welches diesen von ihrem verstorbenen parens erblich zugefallen, und nicht als Voraus ausgenommen worden ist; keineswegs aber auf dasjenige Vermögen, welches die Vorkinder auf andere Weise erworben, insbesondere von ihren Großeltern oder sonstigen Verwandten unmittelbar geerbt haben; dieses bleibt gleichwie das Voraus von der Einkindschaft ausgeschlossen [15]) und dem natürlichen parens steht daran nur bis zum Eintritt der Volljährigkeit der Kinder die Nutznießung zu [16]). — Die meisten Particularrechte statuiren, daß die Einkindschaft nicht allein ein Intestaterbrecht der Vorkinder gegen beide Eltern, sondern auch dieser gegen jene zur Folge habe [17]), jedoch unbeschadet des Rechtes der Vorkinder, über das Ihrige letztwillig zu verfügen, welches Recht nur der Beschränkung unterliegt, dem natürlichen parens den Pflichttheil hinterlassen zu müssen. Ein besonderes wechselseitiges Intestaterbrecht der Vor- und Nachkinder gegen einander aber wird durch die Einkindschaft nicht erzeugt [18]). Als Folge derselben ist endlich noch zu erwähnen die elterliche Gewalt über die Stiefkinder, so lange dieselben minderjährig sind [19]).

---

14) A. M. ist Mittermaier, Grundsätze des gem. teutschen Privatr., §. 370. S. aber Beck u. Lauteren a. a. O. S. 293—295. Trierer Landr., Tit. 9, §. 7. Preuß. Landr. a. a. O. §. 747.

15) Mainzer Landr. a. a. O. §. 15, 16. Landr. der obern Grafsch. Katzenellenb. a. a. O. §. 7. Solmser Landr. a. a. O. Kurpfälzer Landr. a. a. O. Nr. 4. Wimpfner Stadtr. a. a. O. §. 7. Trierer Landr. a. a. O. §. 5. Landr. der Grafschaft Hohenlohe a. a. O. §. 7, 8. Preuß. Landr. a. a. O. §. 736. Schelhaß a. a. O. S. 116.

16) Wimpfner Stadtr. a. a. O. Solmser Landr. a. a. O. Landr. der Grafsch. Hohenlohe a. a. O.

17) Würzb. R. bei Schelhaß a. a. O. S. 117, §. 81. Landr. der obern Grafschaft Katzenellenb. a. a. O. §. 11. Kurpfälzer Landr. a. a. O. Nr. 3. Solmser Landr. a. a. O. Wimpfner Stadtr. a. a. O. §. 6. Trierer Landr. a. a. O. §. 5. Landr. der Grafsch. Hohenlohe a. a. O. §. 6. Preuß. Landr. a. a. O. §. 734.

18) Kurpfälzer Landr. a. a. O. Nr. 5. Solmser Landr. a. a. O. Wimpfner Stadtr. a. a. O. Trierer Landr. a. a. O. §. 5. Landr. der Grafschaft Hohenlohe a. a. O. Nach würzb. R. haben jedoch auch die vereinkindschafteten Stiefgeschwister unter sich ein wechselseitiges Erbrecht. Schelhaß a. a. O.

19) Wimpfner Stadtr. a. a. O. §. 6. Landr. der Grafschaft Hohenlohe a. a. O. §. 6. Ringelmann a. a. O. §, 22, 30.

Aufgehoben oder beendigt wird die Einkindschaft 1) durch Uebereinkunft der Interessenten[20]), wobei jeder Theil sein beigetragenes Vermögen zurückempfängt; 2) durch Ehescheidung, wobei dasselbe geschieht; 3) durch Richterspruch, in Folge erhobener Klage der Vorkinder auf Aufhebung und Auslieferung ihres Vermögens wegen ihnen nachtheiliger Wirthschaft oder üblen Lebenswandels der Eltern[21]), so wie durch Restitution der zur Zeit der Eingehung des Vertrages minderjährig gewesenen Vorkinder, wenn sich dieselben in der Folge verkürzt finden[22]), welcher Fall indeß rücksichtlich der nach dem Obigen bei Eingehung des Verhältnisses zu beobachtenden Vorsichtsmaßregeln in den Statutarrechten nicht als eintreten könnend, vorausgesetzt wird. Ferner endigt sich die Einkindschaft 4) durch den Tod beider Eltern[23]); wogegen sie nach dem Tode blos des Einen derselben so lange fortdauert, bis sich der überlebende in eine neue Ehe begibt, worauf Abtheilung oder Sicherstellung des Vermögens der Kinder nöthig wird, oder eine neue Einkindschaft eingegangen werden kann[24]), jedoch, nach ausdrücklicher Vorschrift mancher Statutarrechte, nur mit den natürlichen Kindern des sich verehelichenden parens, nicht aber auch mit dessen Stiefkindern früherer Ehe[25]). G. Rühl.

**Einrede** (exceptio)[1]). Wenn Jemand mit einer Klage belangt wird, so kann von seiner Seite ein doppeltes Leugnen vorkommen; entweder nämlich behauptet er, daß das Recht, welches vom Kläger in Anspruch genommen wird, nie vorhanden gewesen ist, oder er stellt zwar nicht in Abrede, daß es vorhanden ist, leugnet aber die vom Kläger aus diesem Umstande gezogene Folgerung, d. h. die Statthaftigkeit der Condemnation, indem er behauptet, daß jenes Recht, auf welches sich der Kläger bezieht, durch einen hinzugetretenen Umstand unwirksam gemacht worden sei. Der Begriff Einrede bezieht sich nur auf diese zweite Art des Leugnens. Mit diesem Namen bezeichnet man nämlich das Vorbringen eines Thatumstandes von Seiten des Beklagten, wodurch er die Condemnation von sich abzuwenden sucht. Die Erfordernisse dieses Begriffes sind im Einzelnen folgende. 1) Die durch die Einrede zu schützende Thatsache muß einem noch bestehenden, streng civilrechtlichen Anspruche gegenüber ste-

---

20) Preuß. Landr. a. a. O. §. 751.

21) Wimpfner Stadtr. a. a. O. §. 12. Preuß. Landr. a. a. O. §. 750. Ringelmann a. a. O. §. 38.

22) Mittermaier a. a. O. §. 370, 371. Ringelmann a. a. O. §. 41.

23) Mainzer Landr. a. a. O. §. 19. Landr. der obern Grafschaft Katzenellenb. a. a. O. §. 10.

24) Beck und Lauteren, erbacher Landr., S. 302, verb. mit S. 264. Landr. der obern Grafschaft Katzenellenb. a. a. O. §. 9, 10.

25) Wimpfner Stadtr. a. a. O. §. 10. Landr. der Grafschaft Hohenlohe a. a. O. §. 10.

1) Von der hierher gehörigen Literatur verdient hier eine besondere Erwähnung nur J. Michael Albrecht, die Exceptionen des gemeinen teutschen Civilprozesses, geschichtlich entwickelt, mit einem Vorworte von Hieronymus Bayer. München 1835.

hen[2]). Denn wo der vom Kläger geltend gemachte Anspruch schon ipso iure aufgehoben worden war, da bedurfte es überall nicht der Exception, um die intendirte Verurtheilung vom Beklagten abzuwenden, da es ja eine nothwendige Bedingung einer jeden Condemnation ist, daß das durch die Litiscontestation geltend gemachte Recht zur Zeit derselben noch bestanden habe. 2) Der Thatumstand, auf welchem die Exception beruht, muß von der Art sein, daß er vor dem Civilrechte entweder überhaupt, oder nur unter gewissen Umständen keine Bedeutung hatte. Daher kommt es, daß Vertheidigungsgründe des Beklagten, welchen schon das Civilrecht volle Wirkung beilegt, z. B. Zahlung, Novation u. s. f. nicht in der Form der Exception der Klage entgegengesetzt werden können. 3) Der Umstand, auf welchen die Exception sich gründet, muß es den Grundsätzen der Billigkeit nach für unpassend erscheinen lassen, daß die vom Kläger intendirte Condemnation verwirklicht werde[3]). 4) Der Beklagte muß sich auf diesen Thatumstand ausdrücklich berufen haben. Diese Geltendmachung hängt genau mit der Geschichte des gerichtlichen Verfahrens bei den Römern zusammen. Der Prätor, dessen Thätigkeit die Exception ihren Ursprung verdankt[4]), konnte bei der formellen Unverletzbarkeit des Civilrechtes demselben nicht geradezu gegenübertreten, auch hatte er keine Gewalt, gesetzlich bindende Normen aufzustellen, um so weniger, als ihm sein Amt nur auf die Dauer eines Jahres verliehen worden war. Er hatte seine Wirkungssphäre überhaupt nur in der Jurisdiction, in vorkommenden Fällen; nur in diesem Bereiche konnte er jene mildernde Thätigkeit äußern, die in der Gestattung der Exceptionen zu Tage liegt, und eben darum konnte dieser prätorische Schutz für die defensiven Billigkeitsgründe erst in vorkommenden Prozeßfällen eintreten. Es läßt sich deshalb für die frühesten Zeiten mit Recht sagen, daß bei den Exceptionen der Eintritt ihrer Wirksamkeit und ihrer gerichtlichen Geltendmachung coincidirten[5]), da ihr Gebrauch durch eine ausdrückliche Bitte des Beklagten bedingt war. Der Zweck der Exception ist, vom Beklagten die Verurtheilung, welche der Kläger intendirt, abzuwenden[6]). Daher versteht es sich von selbst, daß der Beklagte, ungeachtet sein Anspruch größer ist, als der des Klägers, doch niemals eine Condemnation gegen den letzteren

---

2) Caius, inst. IV. §. 116. Pr. J. de exceptionibus. (4. 13.)
3) Caius, inst. IV. §. 106. Pr. J. 4. 13.
4) Cicero, de inv. rhet. II. 19: nam et praetoriis exceptionibus multae excluduntur actiones. — Quare in iure plerumque versantur. Ibi enim et exceptiones postulantur. II. 20: postulat is, quocum agitur, a praetore exceptionem extraquam — praeiudicium fiat. Hic is, qui agit, iudicium purum postulat; ille, quocum agitur, exceptionem addi ait oportere. L. 3. §. 1. D. de const. pec. (13. 5.): Quod iure civili debebat, iure praetorio non debebat, id est per exceptionem. L. 15. D. de exceptionibus. (44. 1.) Vergl. Albrecht a. a. O. S. 17.
5) L. 41. D. de minoribus. (4. 4.) L. 12. D. de doli mali exceptione. (44. 4.) L. 25. §. 2. D. de probationibus et praesumtionibus. (22. 3.) L. 25. D. de verborum obligationibus. (45. 1.)
6) Caius, inst. IV. §. 116. Pr. §. 1—4. J. 4. 13. L. 2. pr. D. de exceptionibus. (44. 1.)

erwirken kann, wenn er denselben in der Form der Exception geltend macht. Auch erklärt sich aus dem Gesagten die hypothetische Stellung der Einreden im römischen Privatrechte. Es wurden nämlich die vom Prätor im concreten Falle gestatteten Einreden in die formula, welche die Instruction für den Judex bildete, nach welcher er den vorliegenden Prozeß entscheiden sollte, aufgenommen[7]), und als ein Theil derselben behandelt. Zunächst wurde darin das Recht des Klägers direct und hauptsächlich erwähnt, nach dieser Grundlage dem Judex zunächst die Condemnation aufgetragen, und von dieser, der Condemnation, wurde zugleich noch bemerkt, daß sie auch davon abhängen solle, daß dieser oder jener schutzwürdige Thatumstand nicht in der Mitte liege. Diese Bemerkung deutet den eigentlichen Sitz der Exception in der formula an, daher sie gerade in umgekehrter Weise abgefaßt wird, als wie der Beklagte sie vorgebracht hat[8]), und als ein Einschiebsel, als eine Bedingung betrachtet wird, von deren Existenz die Möglichkeit der Condemnation abhängt. So stand die Exception auch in der formula nicht als etwas Regelmäßiges, zur Giltigkeit der formula wesentlich Nothwendiges da, sondern auch hier trat sie nur als eine bloße Ausnahme von der Regel auf, so daß in dem Augenblicke, wo der prätorische Schutz an die Stelle des Civilrechtes trat, dasselbe nicht ignorirt, vielmehr als geltend anerkannt wurde. Aus dieser Stellung des exceptivischen Vorbringens in der formula und ihrer hypothetischen, meist negativen Fassung, haben die meisten neueren Rechtsgelehrten auch den Namen dieses Rechtsmittels erklären wollen, da es nicht allein als Ausnahme in der formula vorkomme, sondern auch gewöhnlich mit Worten, welche die Ausnahme bezeichnen, z. B. si non, nisi, anhebe. Diese Ansicht scheint indeß zu wenig dem römischen Geiste zu entsprechen, als daß man sie ohne weiteres für wahr annehmen sollte. Zudem finden sich auch in den auf uns gekommenen Resten der römischen Jurisprudenz Beispiele genug von affirmativ gefaßten Exceptionen[9]). Auch spricht dagegen der Umstand, daß, wenn der Kläger den exceptivischen Thatumstand in dem ersten Verfahren vor dem Prätor (in iure) einbekannte, es gar nicht zu einem Judicium, zur Conception einer formula kam, sondern ihm eben nur deshalb die Actio, das Judicium verweigert wurde[10]), was doch unzweifelhaft als eine Wirkung des Exceptionsgrundes gelten muß, und daß die in der formula versäumten peremtorischen Einreden stets im Judicium durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachgeholt werden konnten[11]). Endlich

7) Caius, inst. IV. §. 119: Sed ita formulae inseritur, uti conditionalem faciat condemnationem. Vgl. IV. §. 126.

8) Caius, inst. l. c. Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quam adfirmat is, cum quo agitur.

9) L. 28. D. de noxalibus actionibus. (9. 4.) Vergl. Albrecht a. a. O. S. 21.

10) L. 9. pr. D. de iureiur. (12. 2.) Der Kunstausdruck denegare exceptionem findet dann statt, wenn der Klage eine vom Kläger eingeräumte Einrede entgegensteht. L. 7. §. 6. D. de SC.-Macedoniano. (14. 6.) L. 7. §. 8. D. de dolo malo. (4. 3.) Vgl. Albrecht a. a. O. S. 17 flg.

11) Caius, inst. IV. §. 125.

wird schon zur Zeit der classischen Juristen, wo die Prozesse noch regelmäßig in der Form der formulae abgesetzt wurden, die Exception von Paulus als eine Bedingung beschrieben, welche den Beklagten bald von der Condemnation losmache, bald nur die Condemnationssumme beschränke[12]). Diese Aeußerung aber kann schon deshalb nicht von der in die formula aufgenommenen Exception verstanden werden, weil dann von einer minuirenden Wirkung der Einrede nicht hätte die Rede sein können, da auch die aufschiebenden Exceptionen durch ihre Aufnahme in die Klagformel die Natur der zerstörlichen annahmen, und so gut wie diese den gänzlichen Prozeßverlust für den Kläger nach sich zogen. Es bleibt mithin nur übrig, die angeführte Erklärung nur auf den materiellen Gehalt der Exception, d. h. auf den Exceptionsgrund, anstatt auf die formell vorgeschützte Einrede zu beziehen, und dann liefert freilich diese Aeußerung einen schlagenden Beweis dafür, daß der Ausdruck exceptio nicht füglich aus der formellen Erscheinung derselben in der formula erklärt werden könne. Der neueste Schriftsteller über Exceptionen[13]) sucht den Namen aus dem Umstande zu erklären, daß das exceptivische Vorbringen im Gegensatze des in der Intention geltend gemachten Civilanspruches, als Ausnahme von der Regel habe gelten müssen, daß Recht nur wieder durch Recht habe entkräftet werden können. Deshalb sei die Thätigkeit des Prätors bei der Verleihung der Einreden mit dem Namen exceptio bezeichnet worden, und da der Schutz des Prätors gerade in der Vertheidigung des Beklagten sein wesentlichstes Feld hatte, so lasse es sich wohl erklären, warum jene Bezeichnungsweise eben im Bereich der Vertheidigung üblich und technisch geworden sei. Am richtigsten ist es wohl, bei der Erklärung des Begriffes das darin liegende Ausschließen der Klage durch die Exception, also mit anderen Worten, an die materielle Wirkung des Exceptionsvorbringens zu denken, und gerade diese Beziehung des Wortes wird von Ulpian in der Definition des Begriffes recht absichtlich hervorgehoben[14]).

Was die Geschichte der Exceptionen anlangt, so sind die Nachrichten, welche die römischen Rechtsquellen darüber enthalten, sehr dürftig. In den Zeiten des römischen Freistaates, wo die Prozesse nur in der Form der legis actiones abgesetzt wurden, kamen Exceptionen gar nicht vor[15]). Erst als es gewöhnlich wurde, die Prozesse durch Conception der formulae zu führen, finden sich Spuren der Exception. Zu den Zeiten Cicero's war das Institut bereits ausgebildet. Denn er erwähnt nicht allein die allgemeine Wirkung derselben, sondern bemerkt auch, daß sie von dem Prätor in iure erbeten würden[16]). Im Anfang mußte die Ver-

---

12) L. 22. pr. D. de exceptionibus. (44. 1.) Vergl. Albrecht a. a. O. S. 24.

13) Albrecht a. a. O. S. 13.

14) L. 2. pr. D. 44. 1: Exceptio dicta est, quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad cludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est.

15) Caius, inst. IV. §. 108.

16) Cicero, de invent. rhet. 2. 19.

leihung eines solchen Rechtsmittels gegen die gegnerische Klage als eine wahre prätorische Indulgenz, als ein wahres Beneficium erscheinen, und um sich dieß zu verdeutlichen, bedarf es nur eines Hinblickes auf ähnliche prätorische Institute, z. B. die bonorum possessio. Denn auch diese galt als ein Beneficium [17]), auch diese ward nur auf specielles Bitten des Berechtigten ertheilt [18]), und zwar in früheren Zeiten nur causa cognita, was späterhin freilich nur für die bonorum possessiones decretales die Regel bildete. Aehnlich war jedenfalls auch der Bildungsgang des Institutes der Einreden. Der Prätor wies erst, sofern es nöthig war und nach vorgängiger Prüfung des Falles eigenhändig den Judex an, ob und inwiefern derselbe den einen oder den anderen Billigkeitsgrund bei der Entscheidung des Prozesses respectiren dürfe. Diese Prüfung geschah wohl in der Form der causae cognitio, was später in den Fällen unterblieb, für welche die nachmaligen Edicte eine Exception im Voraus versprochen hatten, und alsdann nur noch für die Fälle angewendet wurde, in welchen der Prätor die Einrede außerhalb des Edictes ertheilte [19]). Von den in das Edict aufgenommenen Exceptionen galt es schon zu Cicero's Zeiten als allgemeine Regel, daß der Prätor deren Ertheilung im einzelnen Falle nicht mehr verweigern dürfe, und war diese Regel verletzt worden, so konnte schon damals bei den Volkstribunen Beschwerde geführt werden [20]). Dadurch hörte die Verleihung der Exceptionen auf, eine bloße prätorische Indulgenz, ein wahres Beneficium im Sinne des früheren Rechtes zu sein, und die Zuständigkeit derselben ward seitdem nicht mehr durch den Willen des Prätors, sondern vielmehr durch das factische Entstehen des Exceptionsgrundes bedingt, wenn schon die formelle Geltendmachung des Rechtsmittels nicht eher erfolgen konnte, als bis der Gegner mit seiner Klage hervortrat. Seitdem konnte man nicht mehr, wie früher, sagen, der Anfang der Bedeutung der Exception coincidire mit der wirklichen Gewährung derselben im Prozesse, sondern es trat der Zustand der exceptio nata simultan mit der factischen Begründung derselben ein. Daher sagen die classischen Juristen von diesem Zeitpunkte: exceptionem habere, tutum esse exceptione, obstare oder nocere exceptionem, obiiciendam esse exceptionem, repelli oder summoveri exceptione, competere exceptionem, partam esse exceptionem [21]), ganz analog dem Verhältnisse bei der bonorum possessio edictalis, welche auch schon bei dem Tode des Erblassers anfällig wurde, ehe sie vom Prätor impetrirt worden war. An diesen Zustand der Dinge schlossen sich auch die anderen Gewalten im Staate, welche das Recht gesetzlich auszusprechen hatten, um so bereitwilliger an, da das alte ius civile aus anderweitigen

---

17) L. 6. §. 1. D. de bon. poss. (37. 1.)

18) L. 3. §. 3. D. 37. 1., vergl. mit L. 8. §. 4. D. de bon. poss. contra tab. (37. 4.) L. 14. §. 1. D. ibid. Theoph., paraphr. inst. III. 9. §. 10. ed. Reitz tom. I. p. 600.

19) Caius, inst. IV. §. 118.

20) Cicero in Lucull. c. 30, pro Tullio cap. 38.

21) Die Beweise für diesen Sprachgebrauch s. bei Albrecht a. a. O. S. 54 flg.

Gründen direct nicht abgeändert werden sollte, und sie erkannten in jener Thätigkeit des Prätors ein erwünschtes Organ, der mala fides zu begegnen. Nicht allein, daß das Recht, Exceptionen in die formulae einzufügen, durch Volksschlüsse ausdrücklich anerkannt wurde [22]), so gab das Civilrecht späterhin auch selbst zur Entstehung neuer Exceptionen Veranlassung, nämlich indirecter Weise durch seine nicht geradezu rescindirenden leges und SC. [23]), welchen erst der Prätor durch die Gestattung der exceptio Wirksamkeit verschaffen mußte, z. B. die exceptio legis Cinciae [24]), SC. Macedoniani. Am belehrendsten wird in dieser Hinsicht die Verfügung des SC. Velleianum, welches dem Prätor und allen übrigen richterlichen Behörden den aus der Intercession der Frauen hergenommenen Vertheidigungsgrund in vorkommenden Fällen nach seiner eigenthümlichen Weise empfahl [25]), und dadurch Veranlassung zur Einführung der exceptio SC. Velleiani gab. Diese Weise der bloßen Empfehlung beließ die Exceptionen immer noch in der Eigenschaft als wahre prätorische Rechtsmittel, nur daß sie dann den Stoff aus anderen Rechtsorganen entlehnten. Auf der anderen Seite hoben sich im Verkehre schon zeitig gewisse, zumal synallagmatische Rechtsgeschäfte und Verhältnisse hervor, bei welchen gegenseitige Treue und Glauben sich als ganz besonders nothwendig darstellten, und wo eine mala fides im vorzüglichen Grade unleidlich schien. Diese Rechtsgeschäfte wurden nun in das ius civile recipirt [26]), und zwar in der Weise, daß sie, wenn auch blos nach Art des ius gentium eingegangen und gelöst, doch als wie nach der Form des Civilrechtes begründet und wiederaufgehoben angesehen wurden [27]). In den Prozessen über solche Rechtsverhältnisse wurde es schon zeitig auch nach dem Civilrechte Regel, daß die sonst nur auf der Billigkeit beruhenden Einreden des Beklagten, ohne mehr einer exceptio zu bedürfen, ipso iure von dem Richter berücksichtigt wurden [28]). Vorzüglich galt dieß von der exceptio pacti und doli, welche sich bei den bonae fidei iudicia von selbst verstanden, obschon der Beklagte sie nicht ausdrücklich vorgeschützt hatte [29]). Hier, wo die naturalen Klageverhältnisse eine weitere

---

22) Lex de Gallia Cisalp. cap. 19. col. 1. lin. 5.

23) Caius, inst. IV. §. 118. §. 7. J. 4. 13.

24) Vat. fr. §. 259. 310. L. 5. §. 2. D. de doli mali exceptione. (44. 4.) L. 5. §. 5. D. ibid. L. 21. §. 1. D. 39. 5. L. 24. D. ibid., vergl. mit Ulp., fr. 1. 1.

25) L. 2. pr. D. ad SC. Velleianum. (16. 1.)

26) L. 7. §. 1. D. de pactis. (2. 14.)

27) L. 3. 4. 5. §. 1. D. 18. 5. L. 95. §. 4. D. de solutionibus. (46. 3.)

28) L. 16. §. 1. D. de minoribus. (4. 4.) L. 3. §. 3. D. pro socio. (17. 2.) L. 58. D. de haereditatis petitione. (5. 3.)

29) L. 7. §. 5. D. de pactis (2. 14.): Pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. L. 58. D. de hereditatis petitione. (5. 3.) An filius nihilominus perseverans petere hereditatem doli mali exceptione submoveri possit? Respondi: etsi non exciperetur, satis per officium iudicis consuli. L. 3. D. de rescindenda venditione. (18. 5.) Iulianus scripsit, ex empto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt. Vergl. L. 6. §. 9. D. communi dividundo. (10. 2.) L. 14. §. 1. D. ibid.

Faſſung der intentio mit ſich brachten, bedurften nämlich die Thatſachen, welche die Aufhebung jener Geſchäfte herbeiführten, überall keiner formalen Exception mehr, und dieß, nichts Anderes beſagt der von dieſen Thatſachen gebrauchte Ausdruck: exceptiones bonae fidei iudiciis insunt, welcher ſich einfach aus dem Umſtande erklärt, daß die praktiſchen Juriſten ſonſt gewohnt waren, ſolche Thatumſtände als Exceptionen zu behandeln. Bei ſo kräftiger Unterſtützung von Seiten des Civilrechtes konnte es nicht fehlen, daß ſich die Exceptionen auch im Gebiete der prätoriſchen Klagerechte geltend machten. So finden wir zur Zeit der claſſiſchen Juriſten nicht allein der actio de constituta pecunia entgegenſtehende Einreden erwähnt [30]), ſondern ſie kommen auch in der Publiciana in rem actio vor, ſo daß ſelbſt civilrechtliche Thatſachen in die Form der Exception gekleidet wurden [31]). Auch kam man nach und nach darauf, einzelne Clauſeln, welche ohne des Beklagten ausdrückliches Verlangen adiicirt wurden, mit dem Namen exceptio zu bezeichnen, was von der urſprünglichen Bedeutung des Ausdruckes bedeutend abwich. Am deutlichſten wird dieß in den Fällen, wo das prätoriſche Edict Klagen nur unter gewiſſen materiellen Bedingungen zuſagt, z. B. wenn es die auf eine beſtimmte Zeit beſchränkten Klagen nur unter der Vorausſetzung, daß dieſe Klagezeit noch nicht abgelaufen ſei, ertheilt, oder manches Interdict nur unter der Vorausſetzung geſtattet, daß nicht vi, clam aut precario verfahren worden ſei. Denn hier muß der Magiſtrat ſtets eine ſeinem Edicte entſprechende formula ertheilen, alſo auch unerinnert die Clauſel adiiciren, was, wenn es in der Form der exceptio geſchah, geradezu mit dieſem Namen in den römiſchen Rechtsquellen bezeichnet wurde [32]). Auch nahm man den Ausdruck exceptio für ſolche Billigkeitsgründe in Anſpruch, welche die Wirkung der Exceptionen aufheben, und gleich dieſen als beſondere Zuſätze auf ſpecielles Verlangen des Klägers in die formula eingeſetzt wurden, d. h. für die Replicationen [33]); und daß dieſer Sprachgebrauch nur von der Form und Wirkung der Exceptionen hergenommen ſein kann, ergibt ſich daraus, daß es nach den alten Rechtsbegriffen zum Weſen der Exceptionen gehörte, daß ſie einem ſtreng civilen Rechtsgrunde gegenüber ſtanden. Im ſpäteren Rechte, als in dem Prätor die lebendig neuſchaffende Quelle der Exceptionen verſiegt war, nachdem einerſeits die bisherigen Exceptionsgründe durch ihre Aufnahme in die Edicte ſich allgemeine Geltung verſchafft hatten, andererſeits durch das rechtliche Anſehen

---

30) L. 27. 30. u. 31. D. de constituta pecunia. (13. 5.)

31) L. 16. u. 17. D. de Publiciana in rem act. (6. 2.)

32) So annua und annalis exceptio in L. 30. §. 5. D. de peculio. (15. 1.) L. 1. §. 10. D. quando de peculio actio annalis sit. (15. 2.) Von der exceptio quod vi, clam aut precario ſ. Cic. pro Caec. cap. 8. 31. 32. L. 1. §. 11. D. de itinere actuque privato. (43. 19.) L. 7. §. 3. D. quod vi aut clam. (43. 24.) L. 22. §. 2. D. ibid. Vergl. v. Schröter, in der Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß von Linde, Bd. 2, S. 252, und Zimmern, der römiſche Civilprozeß, §. 92, S. 288.

33) L. 2. §. 1. D. 44. 1: Replicationes nihil aliud sunt, quam exceptiones. L. 22. §. 1. D. ibid.: Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio. Vgl. Albrecht a. a. O. S. 28—32.

der Schriften der Juriſten den civilrechtlichen Vertheidigungsgründen in ihrer Wirkung gleichgeſtellt worden waren, mußte natürlich der Name exceptio ebenfalls ſeine frühere Bedeutung verlieren. Er wurde nun nach und nach auf alle Vertheidigungsgründe des Beklagten im obſchwebenden Prozeſſe angewendet, und umfaßte in dieſem Sinne auch die alten civilrechtlichen Einreden. Als Beleg für dieſe Behauptung kann die exceptio non numeratae pecuniae gelten, nicht gerade jene alte, welche der stipulatio credendi causa facta entgegengeſetzt wurde, ſondern vielmehr die, welche dem vom Kläger producirten Chirographum entgegenſtand [34]), ferner die exceptio dotis non numeratae, welche ihrer Natur nach weiter nichts, als eine Anwendung der exceptio non numeratae pecuniae auf die Dotalverhältniſſe iſt [35]); ferner gehört hierher die völlige Verſchmelzung der Ausdrücke exceptio und praescriptio im Juſtinianiſchen Rechte [36]), welche nach dem Untergange der Präſcriptionen, die zu Gunſten des Klägers eingeführt waren, nothwendiger Weiſe eintreten mußte, ſeitdem die zu Gunſten des Beklagten im alten Rechte geſtatteten Präſcriptionen in die Form der Exceptionen übertragen worden waren [37]); auch gibt Juſtinian in dem Inſtitutionentitel, welcher ſpeciell die Exceptionen behandelt (4. 13.), die Erklärung ab, daß Exceptionen da ſtattfinden, wo die persecutio des Klägers zwar iusta [38]) (nicht mehr, wie bei Cajus [39]), ut quis iure civili teneatur), aber in Bezug auf den Beklagten iniqua ſei; zugleich rechnet er aber auch die exceptio nondum natae actionis zu den dilatoriſchen Einreden, wenn ſchon dieſelbe früherhin keinen prätoriſchen Schutz hatte, und keiner Aufnahme in die formula bedurfte [40]); endlich findet ſich eine Reihe von Einreden in den Juſtinianiſch-römiſchen Rechtsquellen erwähnt, welche doch nie als eigentliche exceptiones gegolten haben können [41]). Manche neuere Rechtsgelehrten ſtellen dieſer Beweiſe ungeachtet den Untergang des alten Begriffes der exceptio für das Juſtinianiſche Recht in Abrede und behaupten, daß die urſprüngliche Natur dieſer Vertheidigungsmittel auch noch nach dem Corpus iuris civilis als die geltende angeſehen werden müſſe [42]). Die Gründe, auf welche ſich die Vertheidiger dieſer Anſicht

---

34) L. 3. 5. 7. 8. 10. 13. 14. C. de n. num. pec. (4. 30.)

35) L. 14. §. 4. C. 4. 30. L. 3. C. de dote cauta, non numerata. (5. 15.)

36) L. 7. C. de praescriptione XXX. vel XL. annorum. (7. 39.) L. 2. C. sententiam rescindi non posse. (7. 50.) Vgl. die Titelſchrift in Dig. XLIV. 1. Cod. VIII. 36.

37) Caius, inst. IV. §. 130—133. Vergl. Albrecht a. a. O. S. 79—81.

38) Pr. J. 4. 13.

39) Caius, inst. IV. §. 116.

40) §. 10. J. 4. 13.

41) So iſt in c. 14. C. 8. 38. die Rede von testes undique idonei et omni exceptione maiores, eben ſo von Exceptionen gegen die Perſon der Zeugen in Nov. 90. praef., von der exceptio, si tutor non est, in L. 2. C. de eo, qui pro tutore negotia gessit (5. 45.) etc. Vergl. L. 4. C. ad legem Iuliam de adulteriis et stupro. (7. 63.)

42) So Heber (resp. Leistenio), diss. de eo, quod interest inter actio-

berufen, ſcheinen nicht beweiſend zu ſein. Juſtinian, ſagt man, habe den Unterſchied der exceptiones und der civilrechtlichen Einreden in ſeiner ganzen Compilation hervorgehoben, und namentlich ſei in den Inſtitutionen die Lehre von der exceptio in derſelben Weiſe dargeſtellt, wie ſie ſich bei Cajus vorfinde. Allein wenn man die Art und Weiſe erwägt, wie ſich das Corpus iuris gebildet, und die Abſicht und den Zweck betrachtet, welcher den Kaiſer bei der Compilation geleitet hat, ſo möchte gerade dieſer Umſtand minder beweiſend erſcheinen. Auch möchte ich weniger Gewicht auf die beſonderen Gründe legen, mit denen man die angeführte Anſicht zu unterſtützen pflegt, nämlich auf den Umſtand, daß Juſtinian eigends verordnet habe, es ſolle die Compenſation nunmehr ipso iure wirken, daß er überhaupt noch den Gegenſatz der bonae fidei und stricti iuris iudicia hervorgehoben, daß er insbeſondre die haereditatis petitio ausdrücklich für eine bonae fidei actio erklärt, und die an die Stelle der alten rei uxoriae actio tretende ex stipulatu actio eigends in ein bonae fidei iudicium umgeſchaffen habe; daß ferner Juſtinian hinſichtlich der Frauenintercеſſionen den Unterſchied zwiſchen ipso iure und ope exceptionis neuerlich ſancirt haben ſolle, daß noch zu Juſtinian's Zeit correi debendi gegen die Haftung für die ganze Schuld nur durch die Geſtattung der Exception ſicher waren; daß erſt Juſtinian beſtimmt habe, die Verjährung ſolle gegen die Minderjährigen ſchon ipso iure laufen, und daß endlich eingetretener Klagenverjährung ungeachtet der possessor — vor Juſtinian jedweder, nachher nur noch der malae fidei possessor — doch nicht Eigenthümer wurde, ſondern daß vielmehr der frühere Klagsberechtigte das Eigenthum behalte und daſſelbe noch auf alle andere Weiſe, nur gerade nicht mehr mit einer Klage geltend machen könne. Alles Umſtände, welche entweder auf irrigen Anſichten über das neueſte Juſtinianiſche Recht beruhen, oder aber das, was ſie beweiſen ſollen, nicht zu beweiſen vermögen [43]).

Erſt jetzt wird es möglich ſein, den für die Praxis ſo wichtigen Unterſchied zwiſchen exceptiviſchem Anführen und Litisconteſtation zu entwickeln. Zur Zeit der claſſiſchen Juriſten bezeichnete die Litisconteſtation den Schlußact des Verfahrens der Parteien vor dem Prätor, alſo den Zeitpunkt, wo die Inſtruction des Privatrichters von dem Prätor unter Zuziehung der Parteien durch die formula feſtgeſtellt und dadurch eine Grundlage für das vor dem Privatrichter abzuſetzende Beweisverfahren gewonnen wurde [44]). Daß dabei die Parteien die Umſtehenden als Zeugen aufriefen, geht theils aus der Zuſammenſetzung der Worte, theils aus einer ſpeciellen Nachricht bei Feſtus [45]) hervor; doch iſt dieß vielleicht

---

nem ipso iure nullam et ope exceptionis elidendam. Vitemb. 1700. Hübbe, de exceptione rei iudicatae (Jenae 1817), p. 35 sq. v. Löhr, im Magazin für Rechtswiſſenſchaft und Geſetzgebung, Bd. 4, S. 146 flg.

43) Vergl. Albrecht a. a. O. S. 82—108.

44) Vergl. Keller, über Litisconteſtation und Urtheil nach claſſiſchem römiſchen Rechte, S. 1—66.

45) De V. S. s. v. contestari.

ſchon zeitig unterblieben, wenn nicht die Stelle [46]), aus welcher dieß geſchloſſen wird, den Grundſätzen des ſpäteren Rechtes gemäß von den Compilatoren der Juſtinianiſchen Rechtsbücher interpolirt worden iſt. Als ſeit dem Wegfall der formulae die Prozeſſe in der Form der extraordinaria iudicia abgeſetzt und entſchieden wurden, hörte natürlich auch die Bedeutung der Litisconteſtation als eines eigenen Actes auf. Da ſich indeß ſehr viele, theils materielle, theils formelle Wirkungen aus dem alten Rechte an den Moment der Litisconteſtation knüpften, welche auch noch im ſpäteren Rechte fortdauerten, ſo ſtellte ſich für die Praxis das Bedürfniß heraus, einen Zeitpunkt für den vorliegenden Prozeß auszumitteln, an welchen die erwähnten Wirkungen für die Zukunft geknüpft werden konnten. Man half ſich in dieſer Beziehung mit einer Fiction, und verlegte dieſe Wirkungen auf den Anfangspunkt des Prozeſſes, mit anderen Worten auf den erſten Vortrag der Parteien vor Gericht, welcher der bloßen Eingabe des Klaglibells nach einer beſtimmten Friſt nachzufolgen pflegte [47]). Und noch ſpäter gewöhnte man ſich daran, auch dieſe Fiction zu vergeſſen, und den genannten erſten Vortrag geradezu als wirkliche Litisconteſtation zu betrachten, wenigſtens herrſcht dieſe Anſicht in den Juſtinianiſchen Novellen vor [48]). Jedenfalls war es dabei nur darauf abgeſehen, daß die Parteien damit ihre Streitabſicht vor dem Gerichte zu erkennen gäben [49]). Dieß ergibt ſich ſchon daraus, daß von Seiten des Klägers ohne Rückſichtnahme auf den eingebrachten Libell noch eine beſondere narratio erforderlich war, daß ferner auf Seiten des Beklagten ein einfacher, genereller Widerſpruch genügte, und daß endlich die conteſtatoriſche Narration und Contradiction in den Quellen lediglich als Solemnität bezeichnet wird [50]). Was nun die Litisconteſtation bisher geweſen, das blieb ſie auch in der Doctrin der Gloſſatoren und in der teutſchen Praxis bis zu dem jüngſten Reichsabſchiede [51]). Dabei hoben namentlich die Rechtslehrer den Umſtand hervor, daß die Einlaſſung des Beklagten bald confitendo, bald negando geſchehen könne [52]). So beſtimmt hiernach der Antheil des Beklagten an der Litisconteſtation auch eine bloße bejahende Antwort ſein konnte, ſo ſahen doch ſchon die älteſten Rechtslehrer das Ungenügende, was darin liegt, ein, und es entging ihnen nicht, daß ein Zugeſtändniß des Klagerechtes einen Streit, anſtatt denſelben herbeizuführen, denſelben geradezu verhindere. Da ferner die Abſicht des Klägers, den Prozeß zu führen, ſchon aus der Ueberreichung der Klagſchrift hervorging, ſo fing die Praxis ſchon frühzeitig an, auf Seiten des Klägers von einer Litisconteſtation Umgang

---

46) L. un. C. de litis contestatione. (3. 9.)

47) L. 14. §. 1. C. de iudiciis. (3. 1.) L. 33. C. de donationibus. (8. 54.) L. 2. pr. C. de iureiur. propter calumn. (2. 57.) Nov. 53. c. 3. Nov. 82. c. 10. in fin. Nov. 96. c. 1. Vergl. Keller a. a. O. S. 63. Daraus ſcheint L. un. C. 3. 9. zu erklären.

48) Nov. 53. c. 3. Nov. 82. c. 10. in fin. Nov. 96. c. 1.

49) Vergl. Albrecht a. a. O. S. 135.

50) Nov. 53. c. 3. §. 2.

51) Siehe Albrecht a. a. O. S. 136.

52) Glossa ad const. 14. §. 1. C. de iud. (3. 1.) ad. cap. 6. X. de exceptionibus. (2. 25.)

zu nehmen, und dieſen Begriff mehr auf den Beklagten allein zu beziehen, ſo daß man gewöhnlich darunter die Erklärung verſtand, wodurch derſelbe mittelſt eines generellen Widerſpruches gegen die Klage ſeine Streitabſicht zu erkennen gibt. So hörte die Litisconteſtation nach und nach auf, als ein zweiſeitiger Act zu erſcheinen, und man definirte ſie jetzt als die vollſtändige Beantwortung des Klagegrundes, aus welcher der Richter zu erſehen hat, inwiefern derſelbe zugeſtanden, oder inwiefern er abgeleugnet worden ſei [53]). Jedenfalls wendete man auf dieſelbe die Grundſätze des römiſchen Rechtes an, daß der Kläger den Grund ſeiner Klage zu beweiſen habe [54]), und verſchonte mithin den Beklagten mit der Beweislaſt in Betreff aller der abgeleugneten Klagepunkte, welche zum Weſen des Klagerechtes, und mithin zur factiſchen Begründung der Klage im concreten Falle gehören [55]). Alles Andere ſcheidet man davon aus und ſtellt es unter die Kategorie des exceptiviſchen Vorbringens, deſſen Erweis dem Beklagten obliegt. Freilich widerſtreitet dieß einigermaßen dem reinrömiſchen Begriffe der Exception, welche nur dann vorhanden iſt, wenn der Beklagte das Recht des Klägers an ſich nicht beſtreitet, aber ſich auf anderweitige Umſtände beruft, welche der Geltendmachung jenes Rechtes in den Weg treten. Allein im Sprachgebrauche der neueren Juriſten hat man ſich längſt daran gewöhnt, alles das Einrede zu nennen, was der Beklagte vorbringt, um das Klagerecht des Gegners zu entkräften, inſofern es nicht blos in der Ableugnung der von dem Kläger vorgebrachten Thatſachen, oder in einer Beſtreitung ſeines Rechtgrundes beruht. Damit hängt die Controverſe der neueren Prozeßlehrer zuſammen, ob es wirklich verneinende Einreden gebe oder nicht [56]). Am richtigſten unterſcheidet man hier zwiſchen der reinen, d. h. von jeder neuen Darſtellung entblößten Verneinung und der negativen Erzählung, welche dann vorhanden iſt, wenn die beklagte Partei Nichtereigniſſe vorträgt, von welchen in der Klage nichts vorgekommen iſt, und welche dennoch zum Klaggrunde gehören. Oft freilich iſt die negative Erzählung nur der Form nach eine ſolche, dem Weſen nach aber eine Einlaſſung, und fällt alſo keineswegs unter die Rubrik der negativen Einreden. Nämlich, wenn

---

53) Vergl. Goldſchmidt, über Litisconteſtation und Einreden (Frankfurt 1812), Abſchn. 2, §. 1, Abſchn. 3, §. 2; und Albrecht a. a. O. S. 163—166.

54) Vergl. Bethmann-Hollweg, Verſuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozeſſes (Berlin 1827), S. 321—335.

55) Nach der Regel, daß die factiſche Negative keine Veränderung in der Beweislaſt begründe, welche ſchon das römiſche Recht in L. 23. C. de probat. (4.'19.) u. L. 10. C. de non num. pecunia (4. 30.) anerkennt und das Kirchenrecht beſtätigt in cap. 11. X. de probationibus (2. 19.); cap. 12. X. ibid.; cap. 23. X. de elect. et electi pot. (1. 6.); cap. 3. X. de causa possess. et propr. (2. 12.); cap. 5. X. de renunt. (1. 9.); cap. 14. X. de fide instrum. (2. 22.); cap. 1. in VI. de confessis. (2. 9.) Vergl. Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung, S. 220, und beſonders Linde, von dem Beweiſe verneinender Sätze in deſſen Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß, Th. 1, S. 95—142.

56) Vergl. Sartorius, über verneinende Einreden, in Linde's Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 13, S. 415 flg.

der Beklagte verneinend eine neue Thatsache vorträgt, welche so wesentlich für die Klage ist, daß sie ohne jene nicht begründet wäre, so ergänzt der Beklagte die Klage mittelst einer neuen Thatsache, und leugnet diese mit der Verneinung ab, wie dieß z. B. bei der sogenannten Einrede des nicht erfüllten Contractes der Fall ist. Hier macht das Schweigen des Klägers in der Klage das Vorbringen des Beklagten nicht zu einer Einrede; denn der Kläger hätte die fragliche Thatsache in der Klage anführen sollen, oder sie muß als stillschweigend und implicite vorausgesetzt angenommen werden. Gehört aber umgekehrt ein Umstand, auf welchen der Beklagte seine Vertheidigung baut, nicht zur Wesenheit des Klagrechtes, so ist er auch im Rechtssinne vom Factum der Klage verschieden; er ist als Anführung eines besonderen, von der Geschichte der Klage verschiedenen Umstandes eine wahre, wenn schon negative Einrede, deren Beweis dem Beklagten obliegt. Zur Erkennung und Beurtheilung derselben im concreten Falle mögen folgende Regeln dienen. Wenn nämlich 1) der Beklagte sowohl die neue Behauptung eines Ereignisses oder Nichtereignisses angeführt hat, und 2) dieß Ereigniß oder Nichtereigniß in logischer Verbindung ein Ganzes ausmachen, so daß das Eine den Obersatz, das Andere den Mittelsatz eines Schlusses constituirt, dessen Untersatz das Gesuch (petitum) ist, dann hat er eine Einrede negativer Natur vorgebracht. Steht dagegen das Positive und Negative in der Geschichtserzählung nicht unter sich im nothwendigen, logischen Zusammenhange, und macht es nicht mit einander ein integrirendes Ganze aus, ist also die Verneinung wesentlich, die positive Behauptung aber unwesentlich, so daß sie nöthigenfalls wegbleiben könnte, so ist wiederum dem Wesen nach nur eine Einlassung gegeben; die eingemischte Behauptung ist, wo nicht als völlig wirkungslos, nur als Beiwerk und Nebensache, und als unfähig zur Constituirung einer Einrede zu betrachten.

Die wichtigsten Eintheilungen der Einreden sind: 1) in aufschiebende (dilatoriae) und zerstörliche (peremtoriae). Jenes sind solche, welche nicht auf einem dauernden, sondern auf einem späterhin wegfallenden Grunde beruhen [57]), z. B. die aus dem pactum de non petendo temporale entstehende Einrede, ferner die exceptio litis dividuae und litis residuae, die procuratoriae und cognitoriae exceptiones. Sie verschieben nicht sowohl die Wirkung der angestellten Klage auf eine andere Zeit (denn, sind sie einmal in die Formel aufgenommen und bewiesen, so erzeugen sie die rei iudicatae exceptio, welche gegen jede Nachklage zusteht) [58]), sondern sie schieben vielmehr den Gebrauch des dem Gegner zustehenden Klagrechtes auf den Zeitpunkt hinaus, an welchem der Grund der Exception in Wegfall kommt [59]). Daher

57) Caius, inst. IV. §. 122. §. 10. J. de exceptionibus. (4. 13.) L. 2. §. 4. D. 44. 1. L. 3. D. ibid.

58) Caius, inst. IV. §. 123. §. 10. J. 4. 13. Theoph., paraphr. inst. IV. 13. §. 10. u. 11., ed. Reitz. tom. II. p. 881, 884. Daher ist hier Hilfe nur auf dem Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand möglich. L. 15. D. de obligat. et action. (44. 7.) L. 2. D. de except. rei iud. (44. 2.)

59) Differt actionem, sagt Ulpian in L. 2. §. 4. D. 44. 1.

muß der Kläger, welchem eine ſolche Einrede entgegenſteht, bis zu dem zuletzt angegebenen Zeitpunkte warten, ſonſt verliert er durch die Vorſchützung der Exception ſein Klagerecht unwiderbringlich. Unter peremtoriſchen Einreden verſteht man ſolche, welche auf einem dauernden, nicht wegfallenden Grunde beruhen, und alſo durch die Verſchiebung der Klage auf einen ſpäteren Zeitpunkt nicht vermieden werden können[60]), z. B. die exceptio doli mali, metus, rei in iudicium deductae, rei iudicatae, quod contra legem vel SC. factum sit, und die aus dem pactum de non petendo non temporale. Der Name kommt daher, daß die Gründe, auf welchen ſie beruhen, jeden Streit über die Sache definitiv entfernen (quod rem perimunt)[61]). Ganz verſchieden iſt die Begriffserklärung der peremtoriſchen Einreden, welche die neueren Prozeßlehrer, geſtützt auf §. 37 des jüngſten Reichsabſchiedes, aufgeſtellt haben[62]). Einige bezeichnen mit dieſem Kunſtausdrucke ſolche Vertheidigungsgründe des Beklagten, welche die Wiederaufhebung eines bereits begründeten Rechtsverhältniſſes bezielen, und dann wären alle übrigen Vertheidigungsgründe in das Bereich der Klagbeantwortung aufzunehmen. Andere definiren die peremtoriſchen Einreden als Vertheidigungsgründe, mittelſt welcher der Beklagte die an ſich begründete Klage in Concreto wegen beſonderer Verhältniſſe als unſtatthaft darſtellt. Albrecht[63]) ſucht den Begriff aus der Lehre von der Beweistheorie zu conſtruiren, und verſteht darunter ſolche vom Beklagten vorgewendeten Thatumſtände, welche die aus dem objectiv und an ſich begründeten Klaganſpruch für deſſen rechtliche Exiſtenz entſpringenden Vermuthungen zerſtören. — Identiſch mit den römiſchen Begriffen von dilatoriae und peremtoriae exceptiones ſind die temporales und perpetuae exceptiones[64]), Benennungen, welche von der Zeitweiligkeit und der Dauer des Exceptionsgrundes entlehnt ſind. 2) In exceptiones legitimae und honorariae (auch praetoriae genannt). Jenes ſind ſolche, welche ſich auf die Vorſchrift einer lex oder eines anderen Rechtsorganes, welches legis vicem obtinet, z. B. auf ein Senatusconſult gründen. Dahin gehört die exceptio legis Cinciae[65]), ferner SC. Velleiani und Macedoniani. Wahrſcheinlich gab zur Einführung dieſer Exceptionen das Civilrecht durch ſeine imperfectae leges und SC. Veranlaſſung, welchen erſt der Prätor durch die Geſtattung der Exceptionen Wirkſamkeit verſchaffte. Am belehrendſten ſind in dieſer Hinſicht die uns erhaltenen Worte des SC. Velleianum[66]), welches, ohne eine beſtimmte Exception einzuführen, gleichwohl ſeinen Inhalt den Gerichtsbehörden zu ſpecieller Berückſichtigung empfiehlt.

---

60) Caius, inst. IV. §. 121. §. 9. J. 4. 13. L. 3. D. 44. 1. L. 2. C. sententiam rescindi non posse. (7. 50.)

61) §. 9. J. 4. 13.

62) Vgl. Albrecht a. a. O. S. 159—206.

63) A. a. O. §. 38. S. 182—206.

64) §. 9. u. 10. J. 4. 13. L. 3. D. 44. 1. L. 26. §. 3. D. de cond. indeb. (12. 6.) L. 40. pr. D. ibid.

65) Vat. fr. §. 310.

66) L. 2. §. 1. D. 16. 1.

Unter honorariae oder praetoriae exceptiones versteht man solche, welche nur auf das ius honorarium sich gründen. Den römischen Rechtsquellen ist diese Eintheilung der Exceptionen dem Namen nach unbekannt, wenn schon sie der Sache nach daselbst begründet ist[67]). 3) In exceptiones in ius conceptae und in factum conceptae. Manche neuere Rechtsgelehrte nehmen diese Eintheilung der Exceptionen nach Analogie der Klagen an, und verstehen unter den ersteren solche Exceptionen, welche den Richter ihrer Fassung nach auf einen Rechtssatz verweisen, unter welchen das Factum zu subsumiren ist; unter den letzteren aber solche, welche den Richter nicht ihrer Fassung nach auf ein Princip verweisen, sondern nur auf die der Exception zu Grunde liegenden Thatumstände. Welche Fassung vorzuziehen sei, hing im einzelnen Falle von der Art der Klage, mitunter auch wohl von der größeren oder geringeren Bestimmtheit ab, mit welcher das Factum vom Beklagten vorgetragen worden; auf jeden Fall aber, wenn zu wählen war, von dem Willen des Beklagten. So können die exceptiones legitimae entweder auf die lex selbst verweisen oder in factum concipirt sein[68]); so wird ferner die allgemeine doli exceptio von der in factum exceptio unterschieden, je nachdem nämlich im Allgemeinen gesagt wird, si non in ea re dolo malo Auli Agerii factum sit, oder nur darauf verwiesen wird, ob von Anfang an nicht das und das bestimmte Factum vorgefallen sei, z. B. ein pactum de non petendo abgeschlossen[69]); so wird endlich die in factum exceptio in Anwendung gebracht, wenn die Unwissenheit des Klägers jede Berufung auf den dolus desselben ausschließt[70]), oder die Pietät, welche der Beklagte dem Gegner schuldet, die Erwähnung des dolus in der formula verbietet[71]). Eine ähnliche Unterscheidung mag wohl auch bei den Replicationen stattgefunden haben, da auch von ihnen gesagt wird, daß sie in factum concipirt werden können[72]). Der Name in ius conceptae exceptiones kommt in den römischen Rechtsquellen nicht vor, auch scheint zur Annahme einer solchen Exceptionsgattung die Analogie der formulae in ius und in factum conceptae wenig geeignet, da die Eigenthümlichkeit der ersteren gerade in der auf das ius civile gegründeten Intention besteht[73]), und die Exceptionen alle prätorischen Ursprungs, und insofern in factum concipirt sind, wie sie auch manchmal heißen[74]). Der spe-

---

67) Caius, inst. IV. §. 118. §. 7. J. 4. 13. L. 3. D. 44. 1. In der zuletzt genannten Stelle kommt die exceptio vor si quid contra leges Senatusve consultum factum esse dicetur. — Der Ausdruck praetoriae exceptiones bei Cic., de invent. rhet. II. 19., deutet nicht blos auf die Einreden, welche aus der Jurisdiction des Prätor stammen, sondern auf alle hin.

68) Vat. fr. §. 310.

69) L. 2. §. 4. D. 44. 4. L. 4. §. 32. D. ibid. §. 1. J. 4. 13.

70) L. 2. §. 5. D. 44. 4.

71) L. 4. §. 16. D. 44. 4.

72) L. 14. D. de fideiuss. et mandat. (46. 1.) L. 28. C. de transactionibus. (2. 4.)

73) Caius, inst. IV. §. 45 u. 46.

74) L. 2. §. 5. D. 44. 4. L. 1. §. 4. D. de exceptione rei venditae et traditae. (21. 3.) L. 4. §. 32. D. 44. 4. L. 20. pr. D. de interroga-

cielle Gegenſatz der doli exceptio und der exceptio legis Cinciae erklärt ſich aus der Bemerkung, daß in factum conceptae formulae diejenigen heißen, in welchen das der Klage zu Grunde liegende Factum ſpeciell erwähnt und nur darauf, nicht aber auf das der Klage zu Grunde liegende Recht die Condemnation gegründet wird [75]). Ganz verſchieden von der hier erörterten Eintheilung der Einreden iſt die Unterſcheidung der neueren Rechtsgelehrten zwiſchen 4) exceptiones iuris seu actionis und facti seu intentionis. Jenes ſind nach der einſtimmigen Lehre der älteren Prozeſſualiſten [76]) diejenigen Einreden, mittelſt deren der Beklagte das Klagerecht entweder als gar nicht entſtanden oder als hinterher ipso iure wieder aufgehoben darſtellt. In dieſem Falle ſei nämlich keine obligatio und keine actio vorhanden; der Kläger habe gar kein Recht zu klagen, er klage mithin in via facti, de facto tantum, er intendire nur, ohne eine rechtliche Befugniß dazu zu haben. Dieſes hingegen waren ihnen die Einreden, welche das Daſein des Klagerechtes vorausſetzten, mit denen aber der Beklagte gleichwohl die Losſprechung zu erwirken vermöge, indem hier das Klagerecht, wenn auch immer nicht ipso iure, doch ope exceptionis wirke. Die erſtere Claſſe von Einreden nannte man exceptiones, quae rem ipso iure perimunt, die andere dagegen exc., quae rem ope exceptionis perimunt; erſtere waren ihnen Exceptionen im weiteren, letztere im engeren Sinne. Es beruht dieſe Eintheilung auf einem völligen Mißkennen der charakteriſtiſchen Merkmale der römiſchen exceptio. Gleichwohl hat dieſe Doctrin in den wiſſenſchaftlichen Arbeiten mehrerer Jahrhunderte Wurzel geſchlagen und dazu Veranlaſſung gegeben, beſtimmte Wirkungen mit jeder Claſſe der Exceptionen zu verbinden. Den ſogenannten exceptiones iuris legte man faſt einſtimmig folgende Wirkungen bei, daß ſie den Prozeß gleich von Anfang an verhindern; daß der Richter zu ihrer Berückſichtigung auch alsdann ſolle befugt ſein, wenn der Beklagte den Exceptionsgrund nicht ausdrücklich vorbringt; daß man das Vorbringen derſelben bis zu dem Endurtheile erlaubte, während Einreden der anderen Claſſe nur zu Anfang opponirt werden ſollten, und endlich, daß ſie auch nach bereits erlaſſener Sentenz ſollten vorgeſchützt und dadurch die Execution verhindert werden können. Gleichwohl fand man kein Bedenken, die römiſch-rechtlichen Grundſätze über die Exceptionen auf beide Claſſen von Einreden anzuwenden, namentlich folgende: reus in exceptione actor; reus exceptionem probare debet; qui exceptione utitur, non fatetur; nemo pluribus exceptionibus uti prohibetur, quamvis diversae sint. Zu den facti exceptiones rechnete man namentlich die exceptio transactionis [77]), rei iudicatae,

---

tionibus in iure faciendis. (11. 1.) L. 27. D. de pecunia constituta. (13. 5.) L. 20. D. de SC. Macedoniano. (14. 6.) L. 1. §. 4. D. de superficiebus. (43. 18.) L. 9. C. de non numerata pecunia. (4. 30.)

75) Caius, inst. IV. §. 46.

76) Schon in der Gloſſe ad fr. 2. pr. D. de exceptionibus und ad fr. 74. §. 2. D. de iudiciis, finden ſich Spuren dieſer Anſicht. Vergl. Albrecht a. a. O. S. 117.

77) Arg. L. 10. C. de transactionibus. (2. 4.) L. 16. C. ibid. L. 23. §. 3. D. de condictione indebiti. (12. 6.)

wozu die Pandektenstellen Veranlassung gaben, welche das Judicat gleich dem Transacte behandeln [78]), solutionis, acceptilationis [79]), und novationis, und da man von ihnen namentlich die Ausdrücke finita, lis finita [80]), gebraucht fand, so nannte man sie auch exceptiones litis finitae. Daß man auch die exceptio iurisiurandi und praescriptionis dahin rechnete, beruht freilich nur auf einer willkürlichen Annahme der neueren Rechtsgelehrten, zu welcher man sich deßhalb für berechtigt hielt, weil von der erstgenannten Einrede berichtet wird, daß der Prätor ihretthalben die actio denegirt habe [81]), und in Betreff der letzteren glaubte man, daß in einigen Stellen der Ausdruck res finita auf die Verjährung bezogen werde [82]). Für die neueren Zeiten ist der hier erörterte Unterschied zwischen exceptiones facti und iuris ohne praktische Bedeutung, und er wird daher von den neueren Prozeßlehrern nur hier und da, und zwar gewöhnlich in historischer Rücksicht erörtert. 5) In exceptiones personae und rei cohaerentes [83]). Jenes sind solche, welche auf die Person des ersten Erwerbers beschränkt sind, und deßhalb nicht auf Andere übergehen, z. B. die Einrede der Competenz, welche dem Gesellschafter, dem Parens oder dem Patron zu statten kommt; ingleichen die Exceptionen, welche aus Delicten einer bestimmten Person entspringen. Daher wird von ihnen gesagt, daß sie nur dem Hauptschuldner, nicht aber dem Bürgen zu statten kommen. Dieses hingegen sind solche Exceptionen, welche nicht allein auf die Person des ersten Erwerbers sich beschränken, sondern auch den Bürgen und Anderen, welche für die Hauptobligation accessorisch verpflichtet sind, zu Gute kommen, wie die exceptio rei iudicatae, doli mali, iurisiurandi, metus etc. Als eine Eigenthümlichkeit dieser Einreden wird es bezeichnet, daß dieselben auch gegen den Singularsuccessor, z. B. gegen den Käufer der Sache, angewendet werden können [84]). Eine ganz verschiedene Bedeutung haben in den römischen Rechtsquellen die Ausdrücke in rem opponitur exceptio, exceptio in rem scripta est, welche gebraucht werden, um die allgemeine Fassung einer Exception zu bezeichnen, im Gegensatze der in der formula angedeuteten Beschränkung auf eine bestimmte, genannte Person. So heißt es z. B. von der exceptio quod metus causa, sie sei deßhalb in rem scripta, weil sie nicht auf den vom jetzigen Kläger ausgegangenen Zwang ausdrücklich beschränkt sei, und mithin auch der von anderen Personen in Betreff des vorliegenden Geschäftes ausgegangene Zwang der allgemeinen Fassung der formula noch in Betracht kommen könne [85]). So heißt es

---

78) L. 229. D. de V. S. (50. 16.) L. 13. pr. D. iudicatum solvi. (46. 7.) L. 1. §. 12. D. ad SC. Tertullianum et Orphitianum. (38. 17.)
79) L. 13. pr. D. 46. 7. L. 229. D. 50. 16.
80) L. 13. pr. D. 46. 7. L. 1. §. 12. D. 38. 17. L. 2. §. 2. D. ne de statu defunctorum. (40. 15.)
81) L. 9. pr. D. de iureiurando. (12. 2.)
82) L. 1. §. 12. D. 38. 17. L. 230. D. 50. 16. L. 2. §. 2. D. 40. 15.
83) L. 7. pr. u. §. 1. D. 44. 1. L. 4. §. 27. D. 44. 4.
84) L. 4. §. 27. D. 44. 4.
85) L. 4. §. 33. D. 44. 1.

ferner, daß die doli exceptio von Seiten des Klägers nicht in rem gefaßt werden könne, da in derselben ausdrücklich erwähnt werden müsse, wer die ungerechte Handlung vollbracht habe[86]); von Seiten des Beklagten aber werde sie in rem opponirt, da hier nicht speciell ausgedrückt werde, gegen welche Person der dolus begangen worden, sondern ob überhaupt derselbe Einfluß auf das vorliegende Geschäft gehabt habe[87]). Eine ähnliche Beziehung hat vielleicht auch der Ausdruck exceptio vulgaris rei iudicatae, welcher sich bei den Popularklagen gebraucht findet, um die Exception zu bezeichnen, welche jeder späteren Klage entgegensteht, wenn aus demselben Grunde schon früher eine Klage angestellt und in Folge derselben ein Urtheil gefällt worden ist[88]). In den vaticanischen Fragmenten[89]) wird der Ausdruck popularis exceptio ebenfalls so gebraucht, daß man darunter eine Einrede zu verstehen hat, welche activ nicht allein dem ersten Erwerber, sondern auch seinen Erben und denen, welche für die Hauptobligation accessorisch verpflichtet sind, zu statten kommt. Schröter[90]) erklärt die Ausdrücke vulgaris und popularis exceptio für synonym, wenn schon aus den angeführten Stellen deutlich hervorgeht, daß der erste nur im passiven, der zweite nur im activen Sinne angewendet worden, auch es sonst immerhin zweifelhaft bleibt, ob die genannten Ausdrücke überhaupt technisch sind. 6) In directae exceptiones und utiles. Jenes sind solche Einreden, welche für den Fall, auf welchen sie angewendet werden, von Anfang an eingeführt worden sind; dieses hingegen solche, die für den Fall, auf welchen sie angewendet werden, nicht gleich von Anfang an eingeführt, sondern erst durch die Interpretation der Rechtsgelehrten ausgedehnt worden sind[91]). Der Ausdruck directae exceptiones kommt in den römischen Rechtsquellen nicht vor; er ist nach Analogie der directae actiones, im Gegensatze der utiles, der ausgedehnten Klagformeln gebildet[91a]). Die geschichtlichen Gründe, welche die Einführung der utiles exceptiones veranlaßten, sind hauptsächlich folgende. Durch die lange Reihe inhaltsvoller Edicte war das wesentlichste Bedürfniß für die Aufstellung einzelner Exceptionsgründe allmälig erschöpft worden, und zudem boten dieselben noch die allgemeine doli exceptio, welche für alle einzelnen Fälle der Billigkeit ausreichte und als Aushilfe galt[92]). Somit war denn schon durch die Edicte immerhin vorgesorgt, wenn sie auch den einen oder den anderen Fall nicht specifisch als exceptionswürdig bezeichnet hatten, und es wird begreiflich, daß die Productivität der Prätoren hinsichtlich der Verleihung

---

86) L. 2. §. 1. D. 44. 1.
87) L. 2. §. 2. D. 44. 1.
88) L. 3. pr. D. de popularibus actionibus. (43. 23.)
89) Vat. fr. §. 256.
90) De popularibus seu vulgaribus exceptionibus ad legem Cinciam in observationibus nr. V.
91) L. 21. D. de praescriptis verbis. (19. 5.) L. 13. §. 2. D. de pignoribus et hypoth. (20. 1.) L. 41. D. de minor. XXV annis. (4. 4.)
91a) Auch bei Replicationen kommt eine ähnliche Ausdehnung vor, z. B. in L. 28. D. de noxalibus act. (9. 4.) ist von einer utilis doli replicatio die Rede.
92) L. 2. §. 5. D. 44. 4. L. 25. §. 2. D. de pactis. (2. 14.)

neuer Exceptionen alsbald aufhörte. Nunmehr entstanden keine eigentlich neuen Exceptionen mehr, sondern in concreten Fällen, für welche sich im Edicte selbst keine passende exceptio ausmitteln ließ, und für welche wegen des Vorwaltens persönlicher Verhältnisse die doli exceptio nicht gebraucht werden konnte, wurde eine in factum exceptio edictalis utiliter accommodirt, und dieß ist der Ursprung der utiles exceptiones. Daraus erklärt es sich von selbst, wie dieselben nur in subsidium ertheilt wurden, d. h. wenn keine andere von den bekannten Exceptionen ausreichte, und gleichwohl das vorhandene praktische Bedürfniß, die Gestattung eines solchen Rechtsmittels zu erfordern schien[93]). So vertraten in diesen Zeiten die utiles exceptiones die Stelle der neuen Exceptionen. Der Name hängt jedenfalls mit utilitas, d. h. das praktische Bedürfniß, welches ihre Einführung veranlaßte, zusammen. Ungewiß bleibt es freilich immerhin, ob dergleichen Exceptionen nach Analogie der utiles actiones gebildet waren, d. h. eine fictio in ihrer Conception enthielten. Man könnte versucht sein, den öfters bei den classischen Juristen vorkommenden Gegensatz von exceptio und actio utilis zur Unterstützung einer solchen Annahme zu benutzen[94]), wenn schon derselbe eher auf die materiellen Verhältnisse derselben, als auf die formelle Conception sich zu beziehen scheint.

Die Stellung, welche die Exceptionen in dem System des römischen Rechtes einnehmen, ist eine selbstständige und zeigt sich nicht allein in objectiver Rücksicht, d. h. im Gegensatze von anderen Rechtsmitteln, z. B. der actio, dem interdictum u. s. w., sondern auch in subjectiver, d. h. in den Verhältnissen des Beklagten dem Kläger gegenüber im Prozesse, sofern sie sich auf den exceptivischen Thatumstand stützen. In objectiver Beziehung wird zunächst der Umstand von Bedeutung, daß die Exceptionen zum Schutze von Rechtsverhältnissen ursprünglich dienten, aus welchen eine actio überall nicht gegeben wurde. Ein solches Rechtsverhältniß nannte man obligatio, quae habet auxilium exceptionis, im Gegensatze der obligatio, quae petitionem habet[95]). Erst später wurde es gewöhnlich, aus den Obligationen, welche eine Klage zulassen, auch eine Exception zu gestatten. Diese Regel, welche schon zu den Zeiten der classischen Juristen feststand[96]), scheint nur eine Anwendung des allgemeinen Princips non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere zu sein, da man sich allmälig daran gewöhnte, die Exception als ein minde-

---

93) L. 21. D. 19. 5: Quoties deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio est.

94) L. 21. D. 19. 5. L. 13. §. 2. D. 20. 1.

95) L. 94. §. 3. D. de solutionibus et liberat. (46. 3.) An anderen Stellen bezeichnen freilich ähnliche Ausdrücke Obligationen, welche durch eine ihnen entgegenstehende exceptio perpetua unwirksam gemacht werden kann. L. 95. §. 2. D. de solutionibus. (46. 3.) L. 15. C. ad SC. Vellei. (4. 29.)

96) L. 156. §. 1. D. de diversis regulis iuris (50. 17.): Cui damus actiones, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit (Ulpianus, lib. 70. ad Edictum). Anwendungen dieses Satzes finden sich in L. 1. §. 4. D. de superficiebus. (43. 18.) L. 59. pr. u. §. 1. D. de aedilicio edicto. (21. 1.) L. 8. §. 13. D. de inoff. test. (5. 2.)

res Rechtsmittel, und als einen Theil der actio anzusehen. Doch versteht es sich dabei von selbst, daß aus demselben Grunde und auf denselben Gegenstand gerichtet, niemals Klage und Einrede gleichzeitig derselben Person zustehen können; denn dieß würde in sich widersprechend sein, da die Klage eine Veränderung des bestehenden Zustandes, die Einrede aber die Beibehaltung desselben bezweckt[97]). — In subjectiver Beziehung zeigt sich die selbstständige Stellung der Exception besonders insofern, als der Beklagte, welcher die Exception geltend macht, insoweit er dieß thut, als Kläger behandelt wird, und mithin auch die Last des Beweises des exceptivischen Vorbringens übernehmen muß[98]), gerade so wie der Kläger den Inhalt der intentio zu beweisen hat. Der Grund dieses Axioms liegt in der ursprünglichen Bedeutung der exceptio. Durch die Verleihung einer Exception sollte dem Kläger die Geltendmachung seines civilrechtlichen Anspruches nicht erschwert werden, und es sollten ihm wegen der berücksichtigten Billigkeitsverhältnisse keine weiteren prozessualischen Lasten aufgebürdet werden, als die, welche ihm sonst oblagen, wo ein dergleichen Billigkeitsverhältniß nicht in der Mitte lag. Später als man den Begriff der Exception auch auf die civilrechtlichen Thatumstände, welche der Klage entgegenstehen, ausdehnte, blieb man bei dem oben erörterten Grundsatze stehen, da ja auch die civilrechtlichen Thatumstände, welche die Wiederaufhebung eines entstandenen Klagerechtes bezielten, von dem Beklagten erwiesen werden mußten[99]).

Das prozessualische Verfahren, welches bei der Vorschützung der Exceptionen stattfand, hängt genau mit der Geschichte dieses Rechtsmittels und seiner Stellung im Systeme des römischen Rechtes zusammen. Es kam nämlich bei dem exceptivischen Schutze zunächst darauf an, ob der Kläger den Thatumstand, um deßwillen der Beklagte die prätorische Hilfe ansprach, in iure vor dem Prätor einbekannte oder nicht. Im ersten Falle wies der Prätor den Kläger mit der Geltendmachung seines Anspruches gleichsam von der Schwelle zurück, ohne daß er über die Richtigkeit des letzteren eine Verhandlung mehr gestattete, und selbst, wenn der Beklagte das Klagrecht bereits einbekannt hatte, wurde er doch nicht als confessus in iure behandelt[100]). Dabei äußerte sich der Prätor gar nicht darüber, daß er das Recht des Klägers nicht anerkenne, sondern er sah es nur so an, als ob ein Civilanspruch gar nicht vorhanden gewesen wäre; er gab dem Kläger die an sich begründete actio nicht und verweigerte ihm das iudicium (denegat actionem). An die Bestellung eines iudex und die Conception einer formula war in diesem Falle überall nicht zu denken. — Wurde dagegen der zu schützende Thatumstand

97) Caius, inst. IV. §. 2 u. 3, vergl. mit IV. §. 116—118. L. 51. D. de obligat. et act. (44. 7.) L. 2. pr. u. L. 22. pr. D. de exceptionibus. (44. 1.) Vergl. Büchel, über die Wirkung der Klagenverjährung in dessen civilistischen Erörterungen, Bd. 1, S. 8—10.

98) L. 1. D. de exceptionibus. (44. 1.) L. 19. pr. D. de probationibus et praesumptionibus. (22. 3.) L. 25. §. 2. D. ibid.

99) L. 25. §. 2. D. 22. 3.

100) L. 9. pr. D. de iureiurando. (12. 2.)

des Beklagten nicht sofort durch des Klägers Zugeständniß liquid, dann mußte, weil sich der Prätor mit der näheren Untersuchung der Sache nicht befaßte, ein Judex bestellt, eine formula entworfen, und demselben die Untersuchung und nach deren Ergebnissen die Entscheidung der Sache darin aufgetragen werden. Da indeß der Judex in der formula nur auf die civilen Vorbedingungen der Verurtheilung und Lossprechung im Allgemeinen verwiesen war, zur Berücksichtigung von Billigkeitsgründen keine Gewalt, keine Vollmacht hatte, so war es nothwendig, daß der Prätor ihn in der concreten Instruction speciell ermächtigte, diesen oder jenen Billigkeitsgrund des Beklagten zu berücksichtigen; sonst durfte ihn der Judex überhaupt nicht würdigen und bei der Entscheidung der Sache berücksichtigen. Ein abgekürztes Verfahren trat dann ein, wenn der Beklagte den Grund der Intention, d. h. den Klaganspruch des Klägers einräumte; denn dann beschränkte sich das Judicium lediglich auf die Untersuchung des Exceptionsgrundes, und von dem Beweise der Klage war überall nicht weiter die Rede [101]). In diesem Falle schloß sich die exceptio nicht, wie gewöhnlich, an die intentio des Klägers an, sondern es wurde der Klaganspruch wohl lediglich als demonstratio der formula aufgenommen und daran unter Einschiebung der exceptio die condemnatio angehängt; überhaupt der Judex durch die formula nur zur Untersuchung der Richtigkeit des Exceptionsgrundes angewiesen, so daß die Nichterwahrung des letzteren die einzige Vorbedingung der Verurtheilung wurde. Die Auslassung des Klaganspruches als intentio rechtfertigt sich schon dadurch, daß es nicht nur überflüssig, sondern für den Kläger sogar nachtheilig gewesen wäre, wenn dem Judex noch die Untersuchung über die Existenz des Klaganspruches ungeachtet des schon vorliegenden Geständnisses würde aufgetragen worden sein.

Wo die Aufnahme der exceptio in die formula nöthig war, erscheint dies als ein rein formelles Requisit, welches durch die Geschichte des Rechtsmittels am einfachsten erklärt wird. Da nun die formula unter Einwilligung der Parteien durch die litis contestatio festgestellt wurde, so ergibt sich für alle Exceptionen die allgemeine Regel, daß dieselben im ersten Theile des gerichtlichen Verfahrens, welches vor dem Prätor (in iure) abgesetzt wurde, vorgeschützt werden mußten, wenn sie eine Berücksichtigung in der formula und in dem Beweisverfahren, welches vor dem Judex abgesetzt wurde (in iudicio), erhalten sollten. Ein Nachbringen solcher Exceptionsgründe war in älterer Zeit, wo das formelle Element des Prozesses das materielle überwog, überhaupt nicht möglich. Zu Cajus Zeiten machte man eine Ausnahme in Betreff der peremtorischen Einreden, welche auf dem Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand stets nachgebracht werden konnten, daher die Regel semper peremptoria exceptio nocet [102]). Versteht sich indeß, nur bis zur Fällung des Endurtheiles, da überhaupt nur bis zu diesem Zeitpunkte eine Berücksichtigung solcher Einreden möglich erschien. In den

101) L. 9. C. de exceptionibus. (8. 36.)
102) Caius, inst. IV. §. 125.

Justinianischen Rechtsquellen wird allgemein die Regel ausgesprochen, daß peremtorische Einreden, welche bei der litis contestatio vergessen worden sind, bis zur Fällung des Endurtheiles nachgebracht werden können, ohne daß es einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bedürfte [103]), und die Kaiser Diocletian und Maximian berufen sich zur Begründung dieser Regel auf den Inhalt des edictum perpetuum [104]). Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand war nur dann nothwendig, wenn der Exceptionsgrund erst nach gefällter Sentenz geltend gemacht werden sollte [105]). Von den dilatorischen Einreden ward es schon zu Cajus Zeiten bezweifelt, ob sie, falls sie nicht in iure vorgebracht und in die formula eingesetzt worden waren, auf dem Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, nachgebracht werden könnten [106]), und in dem Coderrechte wird mehrmals ohne Berücksichtigung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, eingeschärft, daß dilatorische Einreden am Anfang des Prozesses vorgeschützt werden müssen [107]).

Was die resultative Wirkung der Exception anbetrifft, so liegt es schon in dem Wesen und Zwecke derselben, daß der Beklagte von der Klage losgesprochen werde [108]). Doch kommt sie in dieser Beziehung nicht den civilrechtlichen Vertheidigungsgründen gleich, welche das Klagrecht absolut zerstören, sondern der Prätor mußte sich mit einer relativen Wirkung begnügen. Daher bewirkt die auf den Grund einer Einrede erfolgte Lossprechung des Beklagten nicht das Aufheben des Klagerechtes für sich, sondern sie war nur eine Vereitelung der Durchsetzung desselben im concreten Prozesse, sie war kein tollere actionem, sondern nur ein elidere, excludere des Klaganspruches, daher die Exception auch oft als exclusio bezeichnet wird [109]). War aber einmal die Condemnation durch die Exception elidirt, so bedurfte es für den Beklagten auch in formeller Rücksicht eines nachhaltigen Schutzes, um ihn gegen die erneute Klage des Klägers zu schützen. Dieser Schutz wurde zur Zeit der classischen Juristen in den iudicia, quae imperio continentur, ingleichen in den iudicia legitima, wo eine in rem oder in factum actio vorlag, dem Beklagten durch die exceptio rei iudicatae gewährt, da man in diesen Fällen annahm, daß die ins Judicium deducirte Obligation ipso iure fortdauere und späterhin von dem Kläger wiederum in der Form der Klage geltend gemacht werden könne [110]). In den iudicia legitima, welche eine in ius concipirte in personam actio enthielten [111]), inglei-

---

103) L. 2. C. sententiam rescindi non posse. (7. 50.) L. 4. C. 8. 36. L. 8. C. ibid. L. 9. C. de praescriptione longi temporis. (7. 33.)

104) L. 2. C. 7. 50.

105) L. 2. C. 7. 50.

106) Caius, inst. IV. §. 125.

107) L. 12. C. de exceptionibus. (8. 36.) L. 19. C. de probationibus. (4. 19.) L. 13. C. 8. 36.

108) Caius, inst. IV. §. 119. L. 2. pr. §. 2. D. 44. 1. L. 17. D. de evictionibus. (21. 2.)

109) L. 2. pr. §. 1 u. 2. D. 44. 1.

110) Caius, inst. III. §. 181; IV. §. 103—107.

111) Caius, inst. IV. §. 107. Daraus ist die scheinbar allgemeiner sprechende Stelle Cai. III. §. 181, zu erklären.

chen in den legis actiones [112]) bedurfte es eines ſolchen Rechtsmittels überall nicht, da hier das in das Judicium deducirte Klagerecht ipso iure erloſch, mithin von einer Nachklage von Seiten des früheren Gegners gegen den Beklagten nicht weiter die Rede ſein konnte. Im Juſtinianiſchen Rechte, wo der Unterſchied der iudicia legitima und quae imperio continentur völlig verſchwunden iſt, iſt die exceptio rei iudicatae das allgemeine Rechtsmittel geworden, wodurch der Beklagte gegen die ſpätere Klage geſchützt wird, wenn er im früheren Prozeſſe durch die Vorſchützung einer Einrede und durch den Beweis derſelben die Condemnation von ſich abgewendet hat. Am deutlichſten wird dieß aus der Darſtellung der Sache bei Theophilus[113]). Dieſer Schriftſteller ſagt nämlich, es ſei eine Regel des alten Rechtes, daß jede vorgeſchützte und bewieſene exceptio dilatoria eine peremtoria exceptio hervorbringe, und dieſe peremtoria nennt er gleich vorher τὴν rei iudicatae παραγραφήν. Eine Ausnahme von dieſer Regel trat nach einer Conſtitution Zeno's bei der plus petitio tempore ein. Denn wenn ſchon der Kläger auch hier für den vorliegenden Prozeß ſachfällig wird, ſo verliert er doch nicht ganz und gar das Recht, den bereits ins Judicium deducirten Anſpruch ſpäterhin durch eine neue Klage geltend zu machen, doch muß er mit der Anſtellung der neuen Klage doppelt ſo lange warten, als er zu früh geklagt hatte, und zwar gegen Erſtattung der Koſten des früheren Prozeſſes [114]). Daraus ergibt ſich von ſelbſt, daß für dieſen Fall die rei iudicatae exceptio unwirkſam war. — Fragen wir nach den materiellen Wirkungen der einmal vorgeſchützten und bewieſenen Einrede, ſo enthalten dieſelben nichts Beſonderes, ſondern erklären ſich einfach aus der Natur des Judiciums. Da wo die exceptio rei iudicatae nothwendig wurde, äußert ſie alle Wirkungen der exceptiones peremtoriae, zu denen ſie gerechnet wird [115]), d. h. es wird durch die Vorſchützung derſelben jede ſpätere Realiſirung des einmal abgeurtheilten Rechtes unmöglich gemacht. Daher auf Seiten des Gläubigers die ſpätere Klage geradezu als nichtig in den römiſchen Rechtsquellen bezeichnet wird [116]); daher geſagt wird, daß ſein Klagerecht durch die Exception verloren worden ſei [117]), und eben deßhalb wird ihm der Name eines Creditor abgeſprochen [118]). Auf Seiten des Schuldners, welcher die Exception erwirbt, wird geſagt, daß ſeit Entſtehung derſelben eine Obligation gar nicht mehr vorhanden ſei [119]), daß ſie nach dem ius honorarium aufgehoben worden [120]), und daß endlich eine Nichtſchuld vorliege, wenn dasjenige gezahlt

---

112) Caius, inst. IV. §. 108.

113) Paraphr. inst. IV. 13. §. 10. ed. Reitz tom. II. p. 881. §. 11. p. 884.

114) §. 10. J. 4. 13. ibique Theoph., tom. II. p. 882.

115) L. 3. D. de exceptionibus. (44. 1.) Theoph. paraphr. inst. IV. 13. §. 10 u. 11. ed. Reitz tom. II. p. 881, 884.

116) L. 7. §. 8. D. de dolo malo. (4. 3.)

117) L. 59. pr. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.)

118) L. 55. D. de V. S. (50. 16.)

119) L. 20. §. 3. D. de liberali causa. (40. 12.)

120) L. 5. C. de pactis. (2. 3.)

werde, was wegen einer entgegenſtehenden exceptio perpetua nicht realiſirt werden könne[121]). Mit dieſen Anſichten hängt es zuſammen, wenn anderwärts berichtet wird, daß über eine ſolche Obligation kein Conſtitut eingegangen werden[122]), und daß ſie nicht zur Compenſationseinrede benutzt werden könne[123]). — Mit dieſen Anſichten der römiſchen Juriſten über die Wirkungen der peremtoriſchen Einreden, insbeſondere der des gefällten Urtheiles hängt auch das Verfahren zuſammen, welches der Kläger zu beobachten hatte, wenn ſeiner Klage eine dilatoriſche Einrede entgegenſtand. Es blieb ihm hier weiter nichts übrig, als zu warten, bis der Grund der Einrede von ſelbſt weggefallen war[124]). Denn wollte er früher klagen, ſo verlor er ſeinen ganzen Anſpruch, er mochte die Einrede einräumen oder nicht, da er im erſten Falle ſofort mit der Klage abgewieſen wurde, im letzteren es die Folge des geführten Beweiſes war, daß aus der conſumirten dilatoriſchen Einrede die dauernde exceptio rei iudicatae entſtand.

Die iudicia legitima verloren ſich ganz und gar, und ſo kam es nach und nach dahin, daß jedes Urtheil ope exceptionis geltend gemacht wurde. Als ſpäterhin die Formularprocedur, theils durch die Verordnungen von Diocletian und Maximian, theils durch die der Söhne Conſtantin's des Großen aufgehoben, und es gewöhnlich wurde, daß die Magiſtrate die Prozeſſe in eigener Perſon verhandelten, unterſuchten und entſchieden, ohne einen Judex zu beſtellen, ſo konnte zwar von einer Aufnahme der Exception in die Formel überall nicht mehr die Rede ſein, doch blieben die Grundſätze, welche ſich über die Geltung der Exceptionen entwickelt hatten, auch noch im Juſtinianiſch-römiſchen Rechte fortbeſtehen, wenn ſchon von einer Bevollmächtigung des Prozeßrichters, die Exception zu unterſuchen, nicht weiter die Rede ſein konnte. Damit iſt indeß noch keineswegs geſagt, daß es demſelben allgemein zur Pflicht gemacht worden ſei, Exceptionsgründe zu berückſichtigen, welche nicht in die formula gebracht worden waren[125]). Vielmehr läßt ſich ſchon aus den Coderſtellen, welche von den dilatoriſchen Einreden berichten, daß ſie am Anfang des Prozeſſes vorgeſchützt werden müßten, wenn ſie überhaupt Berückſichtigung verdienen ſollten, das Gegentheil erweiſen, wenn man ſie nur von dem Standpunkte des Juſtinianiſchen Rechtes aus erläutert.

Die bisher beſchriebenen Wirkungen der Exceptionen in Betreff der Abwendung der Verurtheilung von dem Beklagten hingen mit der hypothetiſchen Natur derſelben und ihrer Stellung in der formula zuſammen. Dabei verſteht es ſich nach den allgemeinen Regeln, welche von dem Beweisverfahren gelten, von ſelbſt, daß, wenn die vorgeſchützte Exception vom Beklagten nicht erwieſen wurde, ſie nicht weiter beachtet wurde.

---

121) L. 26. §. 8. D. de condictione indebiti. (12. 6.) L. 40. pr. D. ibid. L. 43. D. ibid. L. 34. §. 11. D. de solutionibus. (46. 3.)

122) L. 3. §. 1. D. de pecunia constituta. (13. 5.)

123) L. 14. D. de compensationibus. (16. 2.)

124) §. 10. J. de exceptionibus (4. 13.) ibique Theoph. ed. Reitz. tom. II. p. 882, §. 11. p. 883.

125) Anderer Meinung iſt Albrecht a. a. O. S. 71.

Auch wird im Allgemeinen vorausgesetzt, daß die Wirksamkeit der Exception nicht durch einen neu hinzutretenden Umstand aufgehoben worden. So wenig nämlich das Civilrecht gemißbraucht werden sollte, um eine unbillige Condemnation zu erwirken, eben so gerecht mußte es erscheinen, daß die Berufung auf die aequitas, wie es bei den Exceptionen der Fall war, denjenigen versagt wurde, welche sich derselben nur als eines Mittels bedienten, um der anderen Partei ihr gutes Recht zu vereiteln. In diesem Falle, wo dem Kläger ein Billigkeitsgrund gegen die Exception zur Seite stand, wurde derselbe in die formula der Exception gegenüber aufgenommen [126]) und replicatio (bei den neueren Rechtsgelehrten auch replica) genannt, weil dadurch die rechtlichen Wirkungen der Exceptionen abgewendet wurden [127]), z. B. wenn der Beklagte gegen eine actio civilis ein pactum de non petendo aufzuweisen hatte, der Kläger aber entgegen zeigen konnte, daß auf dieses pactum ein neues pactum de nihilominus petendo erfolgt sei. Die Voraussetzungen der replicatio sind, daß die Exception dem Rechte nach dem Beklagten zustehe, also iusta sei, aber die Billigkeit gegen sich habe, also iniqua sei, d. h. ein Umstand vorhanden sei, welcher es unbillig erscheinen lasse, daß die Einrede ihre gewöhnliche Wirkung, die Ausschließung der Condemnation äußere, und daß der Kläger sich auf diesen, zu seinen Gunsten sprechenden Thatumstand ausdrücklich berufen habe. In materieller Hinsicht wird die replicatio als exceptionis exceptio [128]) behandelt, d. h. nur unter der Voraussetzung, daß sie entweder vom Beklagten eingeräumt oder vom Kläger erwiesen wird, berücksichtigt, in die formula mit solchen Worten eingefügt, welche ihre zerstörliche Wirkung gegen die Exception bezeichnen (gewöhnlich erscheint sie negativ gefaßt mit si non oder alternativ mit aut si [129])), und ihre Stellung zur Exception ergibt, daß sie überhaupt nur hypothetisch wirken könne, d. h. unter der Voraussetzung, daß die dem Beklagten gestattete Exception eingeräumt oder bewiesen werde, also gerade unter denselben Voraussetzungen, unter welchen die gestattete Exception die Wirkung der intentio, d. h. die Erzielung einer Condemnation ausschließt. Ueber das prozessualische Verfahren, welches bei der Vorschützung der Replication stattfindet, fehlen uns genauere Nachrichten. Doch läßt die Analogie der Exceptionen der Vermuthung Raum, daß, wenn der Klaggrund und die Replication sich schon in iure durch Zugeständnisse erledigten, die Exception verweigert und der Beklagte als in iure confessus behandelt wurde. In den übrigen Fällen aber wurde wahrscheinlich ein

---

126) Caius, inst. IV. §. 126. Pr. J. de replicationibus. (4. 14.)

127) Caius, IV. §. 126. Pr. J. 4. 14. L. 27. §. 2. D. de pactis. (2. 14.)

128) L. 22. §. 1. D. de exceptionibus (44. 1.): Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio. L. 2. §. 1 u. 2. D. ibid.

129) So die Replication si non postea convenerit, ut eam pecuniam petere liceret (Caius, IV. §. 126), oder aut si praedictum est, ne aliter emptori res traderetur, quam si pretium emptor solverit (Caius, IV. §. 126), oder aut si satisdatione interposita secundum decretum vendiderit (L. 7. §. 1. D. de curatoribus furioso [27. 10.]), oder aut si rei quoque in ea re dolo actum sit (L. 154. pr. D. de R. J. [50. 17.]).

Judicium eröffnet und eine formula abgefaßt. War hier die Klage verneint, der Replicationsgrund aber zugestanden worden, so wurde der Juder ohne Rücksicht auf die Liquidität oder Illiquidität der Exception und ohne die Einschaltung der Exception in die formula lediglich zur Untersuchung des Klagrechtes und zur Entscheidung der Sache nach den bloßen Vorbedingungen des strengen Civilrechtes angewiesen. Dagegen bei der Illiquidität der Replication wurde er, wenn der Klaggrund und die Exception zugestanden worden, zur bloßen Untersuchung der Replication beauftragt; war aber eins von beiden geleugnet, so wurde ihm neben der Untersuchung der Replication auch noch die Cognition über das geleugnete Klagrecht oder die in Abrede gestellte Exception beziehungsweise übertragen. — Es kam übrigens auch noch vor, daß der Beklagte dem Replicationsgrunde einen weiteren Billigkeitsgrund entgegenzustellen wußte, und daß auch der Kläger sich gegen diesen neuen Grund des Beklagten auf einen neuen Billigkeitsgrund seiner Seits berufen konnte, welche Thatsache dann der Prätor gegenseitig in gleicher Weise zu schützen, und in den betreffenden Fällen des Beweisverfahrens halber in die formula aufzunehmen hatte. Was der Replication von Seiten des Beklagten entgegengestellt wurde, hieß duplicatio (von den neueren Juristen gewöhnlich duplica genannt); der Satz, womit der Kläger sich gegen die Duplik vertheidigte, hieß triplicatio (von den neueren triplica genannt)[130]). So weit ging die gewöhnliche Gliederung der formula; damit war indeß die Zahl der Zusätze noch keineswegs geschlossen, vielmehr konnten dieselben beliebig vermehrt werden, je nachdem es die Mannigfaltigkeit der Geschäfte erforderte[131]). Der Zweck eines jeden dieser Sätze ist der, die Wirkung desjenigen, dem er unmittelbar entgegensteht, zu vernichten. So hebt die Duplik die Wirkung der Replik, die Triplik die der Duplik auf u. s. w. Das prozessualische Verfahren, welches bei der Einfügung dieser Zusätze in die formula zu beobachten ist, ist ganz das nämliche, wie das, was für die replicatio vorgeschrieben ist. Die Thatgründe, auf welche die Einzelsätze sich stützen, müssen stets der Billigkeit entsprechen. Denn es ist eine allgemeine Voraussetzung derselben, daß sie nur solche Thatsachen in ihrer Wirkung ausschließen, welche zwar dem Rechte nach zu Defensionen benutzt werden können (iusta), deren Geltendmachung aber der Billigkeit widerstreitet (iniqua)[132]).

Es sind noch die prozessualischen Grundsätze anzugeben, welche bei der Vorschützung der Einreden in Betracht kommen. Diese sind im Einzelnen folgende: 1) im Gebrauche einer Exception liegt noch kein Geständniß des Klaggrundes vor (qui excipit, non fatetur)[133]). Der Grund dieses Rechtsprincips ist das Streben, daß, so

130) Caius, inst. IV. §. 127, 128. §. 1 u. 2. J. de replicationibus. (4. 14.)

131) Caius, inst. IV. §. 129. §. 3. J. 4. 14.

132) Caius, inst. IV. §. 126—128. §. 1—3. J. de replicationibus. (4. 14.)

133) L. 9. D. 44. 1: Non utique existimatur confiteri de intentione adversarius, quocum agitur, quia exceptione utitur. L. 43. pr. D. de R. I. (50. 17.)

wenig dem Kläger durch die Vorschützung der Einrede die Procedur erschwert wird, eben so wenig dessen Rolle durch den Gebrauch des Rechtsmittels erleichtert werden sollte. War demnach der Kläger nicht im Stande, den Beweis seiner Klage durch directe Mittel zu erbringen, so konnte doch kein logischer Schluß von dem exceptivischen Vorbringen auf die Anerkennung des Klagerechtes zulässig erscheinen, und es ergab sich aus dem Princip der Beschränkung auf den Nothfall die Aufgabe für den Juder, welcher den Beweis der Klage und der Exception zu prüfen hatte, die Untersuchung des der Exception zu Grunde liegenden Thatverhältnisses so lange zurückzustellen und von ihr bei der Entscheidung der Sache so lange keinen Gebrauch zu machen, als es nur immer möglich war. Bei diesem Zurückhalten mit dem exceptivischen Streitpunkte wurde derselbe so lange Zeit ignorirt, bis der Klagbeweis durch directe Mittel des Klägers vollkommen hergestellt war. Wurde dieser Beweis nicht erbracht, so ward die Exception gar nicht weiter berücksichtigt, sondern es erfolgte schon von selbst die Lossprechung des Beklagten[134]) nach dem Grundsatze actore non probante, reus absolvitur[135]). Indeß besagt dieß Axiom keineswegs, daß die Vorschützung einer Exception nicht auch ein Zugeständniß der Intention enthalten könne. Ergibt sich aus der Actenlage auf das Evidenteste, daß der Beklagte seiner Einrede gemäß die vorliegende Klage nothwendig hätte eingestehen müssen, und sich aus bloßer Frivolität hinter jenes Axiom verstecke, so ist auch unbedenklich anzunehmen, daß der Klaggrund von ihm zugestanden worden sei. Ja, wenn man die Stelle des Marcellus[136]), aus welcher man die oben erläuterte Regel gebildet hat, genauer ansieht, so besagt sie nur so viel, daß im Vorschützen einer Exception nicht immer ein Zugeständniß der Klage liege. Im Kirchenrechte hat die Regel anscheinend eine allgemeinere Fassung erhalten; allein auch hier läßt sich nicht bezweifeln, daß dieselbe nach der historischen Erklärung auf die oben angegebene Weise zu beschränken sei[137]). — Auf civilrechtliche Einreden war der Grundsatz schon von Alters her nicht anwendbar, wo bei den ipso iure zustehenden Defensionen jede besondere Veranlassung mangelte, den Richter in der Freiheit seines logischen Urtheiles zu beschränken. Einreden also, wie die der Novation, Zahlung und Usucapion heben das debere auf, und enthalten insofern, als sie vorgeschützt werden, ein Zugeständniß des Klaggrundes. 2) Es steht Jedermann frei, mehrere exceptivische Thatumstände zu seinen Gunsten gegen eine und dieselbe Klage zu verbinden, was die Rechtsgelehrten mit den Worten ausdrücken: nemo prohibetur pluribus exceptionibus uti, quamvis diversae sint[138]). Der Grund dieses Axioms ist in dem Umstande zu suchen, daß wahre Exceptionen

---

134) L. 9. C. de exceptionibus. (8. 36.) L. 23. C. de probationibus. (4. 19.)

135) L. 19. u. 23. C. 4. 19. L. 9. C. 8. 36.

136) L. 9. D. 44. 1. verbis: non utique.

137) Cap. 23. in VI. de R. I. Exceptionem obiiciens non videtur de intentione adversarii confiteri.

138) L. 8. D. 44. 1. Vgl. L. 5. D. ibid.

einander nicht ausschließen, und ein wahrer Widerspruch zwischen denselben sich nicht ergeben kann, in Verbindung mit dem prozessualischen Grundsatze, daß wegen der prozessualischen Consumtion alle Exceptionen in der formula stehen mußten. Auf civilrechtliche Einreden, die sich auf Thatsachen stützen, welche das Klagerecht ipso iure aufheben, ist diese Regel schon deßhalb nicht anwendbar, weil hier leicht ein Widerspruch zwischen den einzelnen Vertheidigungsgründen eintreten, und insofern von einer Cumulation dieser Rechtsmittel nicht weiter die Rede sein kann. 3) Wer sich einer Contumaz im Prozesse schuldig macht, wird aller in demselben vorgeschützten Einreden verlustig. Die neueren Rechtsgelehrten drücken dieses Axiom mit den Worten aus: contumax non excipit. Zur Zeit der classischen Juristen, wo die Prozesse in zwei Hälften, theils in iure, theils in iudicio abgesetzt wurden, entstand diese Regel aus den Formen des gerichtlichen Verfahrens. Zwar konnte, wenn der Beklagte außenblieb, ihm nicht der Verlust der Sache als unmittelbare Folge seines Außenbleibens gedroht werden. Es genügte, dem Kläger die einseitige Fortsetzung der Sache [139]) und dem Richter die Verurtheilung des abwesenden Beklagten zu gestatten [140]). Dieses Urtheil konnte auch ein absolutorisches sein [141]), doch meistens wird es ein condemnatorisches gewesen sein, weil der Gegenbeweis und alle Einreden wegfielen [142]), auch der Judex, in seiner sehr freien Weise, das Factische zu beurtheilen, wohl meist aus dem Aufgeben der Vertheidigung auf eine schlechte Sache schloß. Ganz ähnlich war das Verfahren in den sogenannten extraordinaria iudicia, d. h. in den Prozessen, wo Ein Richter den Prozeß in eigener Person leitete und entschied. Auch hier erfolgte, wenn der Beklagte außenblieb, das richterliche Urtheil nach vorgängigem Beweise des Klägers [143]), und der Beklagte verlor dabei durch sein Ausbleiben die Einreden und den Gegenbeweis. Im späteren Rechte, wo die extraordinaria iudicia zur Regel wurden, wird im Falle des Außenbleibens des Beklagten der Beweis des Klaggrundes immer noch von dem Kläger gefordert, als hätte sich der Beklagte negativ eingelassen. Erst wenn der Beweis der Klage vollständig geführt und der Beklagte verurtheilt ist, erfolgt auch hier das Executionsverfahren [144]).

---

139) L. 13. pr. D. iudicatum solvi. (46. 7.) L. 31. §. 2. D. de negotiis gestis. (3. 5.) L. 7. §. 12. D. de minoribus XXV. annis. (4. 4.) Vgl. L. 13. §. 3 u. 5. C. de iudiciis. (3. 1.)

140) Cic. Verr. II. 1. 17. L. 17. §. 1. D. de inofficioso test. (5. 2.) L. 14. §. 1. D. de appellationibus. (49. 1.) L. 50. §. 1. D. de legatis I. (30.) L. 52. §. 18. D. pro socio. (17. 2.) L. 13. pr. D. 46. 7. L. 1. C. quomodo et quando iudex. (7. 43.) L. 1. C. quibus ex causis maiores. (2. 54.)

141) L. 1. C. quomodo et quando iudex. (7. 43.)

142) L. 1. C. 2. 54.

143) L. 1. C. de appell. non rec. (7. 65.)

144) L. 1. C. quorum appell. non recip. (7. 65.) Nov. Th. 49. §. 2, 78. §. 1 u. 15. Nov. Iust. 69. c. 3. pr. Vgl. Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilprozesses, Bd. 1, S. 291—294.

Eine besondere Erörterung am Schlusse dieses Aufsatzes verdient die Lehre von der Verjährung der Einreden. Man stellt hier gewöhnlich mit Recht den Grundsatz an die Spitze, daß die Einreden in der Regel unverjährbar seien, da es in der Natur dieses Rechtsmittels als Vertheidigungswaffe liegt [145]), daß der Beklagte abwarte, bis er durch die Anstellung der Klage in den Stand gesetzt werde, von demselben Gebrauch zu machen, und es nicht, gleichwie der Kläger in seiner Gewalt hat, nach Gutdünken dasselbe anzuwenden. Paulus [146]) spricht diese Ansicht ganz deutlich aus, indem er die verjährbare de dolo actio der unverjährbaren doli exceptio entgegensetzt. Für das Detail dieser Lehre wird die Verschiedenheit der reinen und der abgeleiteten Einreden von Bedeutung. Rein sind solche Einreden, denen ein Recht zu Grunde liegt, welches nur als Einrede, nicht aber als Klage geltend gemacht werden kann, z. B. die pacti, iurisiurandi, rei iudicatae exceptio. Abgeleitet heißen solche Einreden, welche sonst auch durch eine Klage geltend gemacht werden können und nur zufällig als Einreden gebraucht werden, z. B. die Berufung auf das Eigenthum, auf Gegenverbindlichkeiten und auf Zwang. Einreden, welche nur gegen das Recht gerichtet sind, und auf einem reinen Exceptionsrechte beruhen, sind unverjährbar. Daß diejenigen Einreden, welche aus einem vorhandenen Klagerechte abgeleitet sind, und nur zufällig und aus Gründen einer besonderen Billigkeit als Einreden geltend gemacht werden, während die Klagerechte, auf denen sie beruhen, einer Verjährung unterliegen, wird von einer Menge der angesehensten Rechtsgelehrten [147]) behauptet, und in dieser Beziehung die Regel aufgestellt: quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua. Zunächst ist so viel gewiß, daß der in L. 5. §. 6. D. de doli mali et met. exc. (44. 4.)[148]) für die Unverjährbarkeit der doli exceptio angeführte Grund nicht auf Einreden paßt, welche sich auf ein klagbares Recht stützen. Freilich hing es auch hier nicht vom Beklagten ab, den Gegner zur Klage zu zwingen, aber dieß entschuldigt ihn nicht, wenn er es unterlassen hat, seinerseits als Kläger aufzutreten und sein klagbares Recht zu verfolgen. Auch const. 5. C. de exceptionibus (8. 36.), welche gewöhnlich zur Unterstützung jener Ansicht angeführt wird, scheint für die Unverjährbarkeit der abgeleiteten Einreden nichts zu beweisen. In dieser Stelle entscheiden die Kaiser Diocletian und Maximian, daß ein Vertriebener, obgleich er das Interdictum de vi nur innerhalb Jahresfrist anstellen könne, dennoch durch eine bleibende Einrede geschützt werde, wenn er späterhin wieder zum Be-

---

145) Caius, inst. IV. §. 116. Pr. J. 4. 13.

146) L. 5. §. 6. D. de doli mali et metus exceptione. (44. 4.) Vergl. Unterholzner, ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre, Th. 2, S. 22.

147) So Hugo Donellus, comm. iuris civilis, XXII. 2; A. D. Weber, Beiträge zu der Lehre von den gerichtlichen Klagen und Einreden, S. 21—27; Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 5, S. 446 flg.; Thibaut, Besitz und Verjährung, S. 151.

148) Eine ausführliche Erläuterung dieser Stelle findet sich bei Unterholzner a. a. O. Th. 2, S. 22—24.

ſitze gelangt iſt. Dieſe bleibende Einrede iſt aber offenbar keine andere, als die des Eigenthums, da der Vertreibende in Folge der Gewaltthätigkeit kaiſerlichen Verordnungen gemäß ſein Eigenthum verliert. Wenn er alſo weiterhin noch die Sache als eine ihm angehörige in Anſpruch nehmen will, ſo ſteht ihm natürlich eine bleibende Einrede entgegen. Endlich beruht es auf einem bloßen Mißverſtändniſſe, wenn man für jene Anſicht auch den Grund geltend macht [149]), daß ja durch die Aufhebung einer Klage mittelſt der Verjährung noch nicht das Recht ſelbſt ausgeſchloſſen werde, und alſo wegen des an ſich nicht aufgehobenen Rechtes allerdings eine Einrede ſtattfinden könne. Denn nach richtigeren Begriffen von der Wirkung der Verjährungseinrede, wird durch dieſelbe nicht allein die Klagmöglichkeit ausgeſchloſſen, ſondern auch das ganze Recht vernichtet, da, wenn die Exception zugeſtanden, die Klage denegirt wird und, wenn ſie im Laufe des Prozeſſes bewieſen wird, aus derſelben die Einrede des gefällten Urtheiles entſteht [150]). Es ſcheint demnach wohl richtiger für die abgeleiteten Einreden eine gleiche Verjährungsfriſt anzunehmen, wie für die Klagrechte, aus denen ſie entſpringen [151]); nicht allein deßhalb, weil der geſchichtliche Gang der Einredenlehre dafür ſpricht, daß erſt ſpäterhin die Anſicht aufgekommen ſei, aus zuſtändigen Klagerechten auch Einreden zu geſtatten, ſondern auch deßhalb, weil die Gründe, welche die Einführung der Klagenverjährung veranlaßt zu haben ſcheinen, in gleichem Maße auf die abgeleiteten Einreden anwendbar ſind, da es ja nur in der Willkür des Excipienten geſtanden, das zur Einrede benutzte Recht auf dem Wege der Klage geltend zu machen [152]). Auch iſt dieſe Anſicht ganz dem Grundſatze gemäß, daß der Beklagte bei der Vorſchützung einer exceptio als Kläger zu betrachten ſei, und es ſtimmt auch ſonſt mit dem prozeſſualiſchen Verfahren der Römer überein, ſo gut man ſich auf dem Wege der Einrede auf Verjährung berufen kann, auch gegen das der Einrede zu Grunde liegende Recht auf Verjährung durch den Gebrauch einer Gegeneinrede ſich zu berufen. — Von den Einreden, welche nicht das Recht des Gegners unmittelbar, ſondern nur den Gang der Rechtsverfolgung und die Beweismittel betreffen, gilt ebenfalls die Regel, daß ſie einer Verjährung nicht unterworfen ſind. Eine bekannte Ausnahme davon bildet die Einrede des nicht gezahlten Geldes (exceptio non numeratae pecuniae), welche gegen Empfangsbeſcheinigungen zuſteht. Im vorjuſtinianiſchen Rechte verjährte dieſelbe innerhalb fünf Jahren [153]). Im Juſtinianiſchen Rechte iſt darüber Folgendes be-

---

149) So Weber, Beiträge zu der Lehre von Klagen und Einreden, S. 24.

150) Vgl. Büchel, über die Wirkung der Klagenverjährung in deſſen civiliſtiſchen Erörterungen, Bd. 1, Nr. 1.

151) So Sommer, in deſſen rechtswiſſenſchaftlichen Abhandlungen (Gießen 1808, 8.), S. 1—56; Unterholzner a. a. O. Th. 2, S. 23 flg.

152) Die Klagenverjährung wird als eine Strafe für die Nachläſſigkeit des Klägers angeſehen. L. un. Th. C. de act. certo tempore finiendis. (4. 14.) L. 2. u. 3. C. de annali except. (7. 40.)

153) L. 1. Hermog. Cod. de cauta et non num. pecun. §. un. J. de litterarum obligatione. (3. 22.)

ſtimmt. Wenn Schuldverſchreibungen in Beziehung auf den Empfang einer Geldſumme oder einer anderen Sache ausgeſtellt ſind, ſo kann die Einrede binnen einer doppelten Jahresfriſt gebraucht werden, und daß dieſe Friſt ein tempus continuum ſei, wird ausdrücklich bemerkt[154]). Gegen Zahlungsſcheine (Quittungen) kann die Einrede nur innerhalb Monatsfriſt (intra tringinta dies) ſtattfinden. Daß auch dieſe Friſt ein tempus continuum ſei, iſt zwar nicht ausdrücklich bemerkt[155]); es läßt ſich aber nicht füglich anders annehmen, wenn man bedenkt, daß die vorher erwähnte zweijährige Friſt ebenfalls ein ſolches iſt. Ueber die Verjährungsfriſt der exceptio dotis cautae non numeratae, welche ihrem geſchichtlichen Urſprunge nach identiſch iſt mit der exceptio non numeratae pecuniae, aber durch ſpecielle Verordnungen Juſtinian's eigenthümliche Verjährungsfriſten erhalten hat, ſ. d. Art. Brautgabe. — Manche neueren Rechtsgelehrten[156]) haben ſich zu der ſeltſamen Behauptung verleiten laſſen, daß heutzutage die Unverjährbarkeit der Einreden ganz wegfalle, weil der Gebrauch der provocatio ex lege si contendat ein Mittel an die Hand gebe, den Gegner zur Anſtellung der Klage zu nöthigen. Allein, wie ſchon Unterholzner[157]) bemerkt hat, wäre es ſeltſam, wenn man auf der einen Seite das Recht zur Herausforderung nur als Nothhilfe anerkennt, und auf der anderen die Einreden der Verjährung unterwerfen wollte, um die Nothhilfe nothwendig zu machen.

Wir wenden uns nun zu den einzelnen Einreden.

**Exceptio Anastasianae legis** [1]) heißt nach der gewöhnlichen Meinung der neueren Rechtsgelehrten die Einrede, welche der debitor cessus dem Ceſſionar entgegenzuſtellen befugt iſt, wenn dieſer die an ihn abgetretene Forderung um einen geringeren Kaufpreis, als der Gegenſtand derſelben beträgt, an ſich gebracht hat, und jetzt von ihm die ganze

---

154) L. 14. pr. C. de non num. pecunia (4. 30.) §. un. J. de litterarum obligatione. (3. 22.)

155) L. 14. §. 1. C. 4. 30.

156) So Kori, von der Verjährung, S. 90.

157) A. a. O. Th. 2, S. 23.

1) Literatur: Bach, exercitatio iuris civilis de lege Anastasiana (Lips. 1755), in eiusdem opusc. ed. Klotz (Halae 1767), nr. IX. p. 363 sq. Reinoldi, diss. ad legem Anastasianam XXII. Cod. mandati in eiusdem opusculis iurid. ed. a Iuglero, p. 279 sq. Gmelin, curſoriſche Bemerkungen über das Anaſtaſianiſche Geſetz; in den gemeinnützigen juriſtiſchen Beobachtungen und Rechtsfällen, Bd. 4, S. 185 flg. Curtius, diss. de finibus exceptionis legis Anastasianae caute regundis. Lips. 1789. Schele, spec. de iustis limitibus lege Anastasiana nominis cessioni positis. Helmst. 1794. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 16, S. 458—474. Mühlenbruch, die Lehre von der Ceſſion der Forderungsrechte, §. 53 (3. Ausg.), S. 531—551. Burchardi, Beweislaſt in Betreff der lex Anastasiana, im Archiv für civiliſtiſche Praxis, Bd. 18, Nr. 8, S. 197—224. Brackenhöft, inwiefern iſt das Berufen auf die ſogenannte lex Anastasiana eine Einrede und und der Beweis vom debitor cessus zu führen? im Archiv für civiliſtiſche Praxis, Bd. 23, Nr. 6, S. 189—216. Unterholzner, quellenmäßige Zuſammenſtellung der Lehre des römiſchen Rechtes von den Schuldverhältniſſen, mit Berückſichtigung der heutigen Anwendung. Herausgeg. von Huſchke, Bd. 1, S. 603 flg.

Summe der Obligation einklagt. Sie ſtützt ſich auf eine Verordnung des Kaiſers Anaſtaſius [2]), deren Zweck es war, den Schuldner gegen Willkür und Chicane zu ſchützen, wenn ſchon ſich nicht ſagen läßt, daß der Kaiſer die ihm vorſchwebende Idee ſcharf und beſtimmt aufgefaßt, und klar und würdevoll ausgeſprochen habe [3]). Wir haben erfahren, ſagt der Kaiſer, daß gewiſſe Leute, welche ſich auf Koſten Anderer zu bereichern trachten, darauf ausgehen, ſich Ceſſionen der Klagerechte Anderer zu erwerben, und ſo den ſtreitenden Parteien allerlei Beſorgniſſe erregen, indem es ausgemacht iſt, daß ein Jeder ſeine unzweifelhaften Klagerechte lieber ſelbſt geltend macht, als daß er ſie auf Andere überträgt. Dergleichen Beginnen ſolle in Zukunft geſteuert werden (denn es leide keinen Zweifel, daß derjenige, welcher ſo eine erlangte Ceſſion erſtrebte, als redemtor litis [4]) zu betrachten ſei), doch in der Art [5]), daß, wenn er, der Ceſſionar, einen Preis dafür gegeben habe, ihm nur geſtattet ſein ſolle, bis zum Betrage des gezahlten Preiſes und deſſen Zinſen die Klage anzuſtellen, ſelbſt wenn im mandatum actionis ausdrücklich geſagt worden wäre, daß ihm die ganze Forderung abgetreten worden. Von dieſer Verordnung ſollen nur die Fälle ausgenommen ſein, wenn Miterben, Fideicommiſſarien und Legatarien ſich bei ihren Auseinanderſetzungen gegenſeitig Forderungen abtreten, ferner wenn ein Gläubiger ſich für ſeine Forderung ein Activum ſeines Schuldners abtreten läßt (alſo im Fall der nominis in solutum datio), und endlich wenn der Beſitzer von Sachen, welche ein Anderer mit der hypothekariſchen Klage in Anſpruch nimmt, deſſen Forderung auf ſich übertragen läßt, um ſich den Beſitz dieſer Sachen zu erhalten. Außer dieſen Fällen ſollen keine Ausnahmen zugelaſſen werden; indeſſen wird noch hinterher beſtimmt, daß das Geſagte auf Schenkungen überall nicht gehe, nicht blos in Rückſicht der ſpeciell ausgenommenen Fälle, ſondern für Schenkungen ſollen überhaupt die Beſchränkungen des Geſetzes wegfallen. Zu dieſer Verordnung des Anaſtaſius beſitzen wir noch eine declaratoriſche Verordnung Juſtinian's [6]). Er beginnt mit der Erzählung, daß Anaſtaſius vorgeſchrieben, mit Ausnahme einiger beſtimmten Fälle, ſolle der Ceſſionar nicht mehr erhalten, als er gegeben. Dieß Geſetz ſuche man aber zu chicaniren, indem man den einen Theil der Forderung verkaufe, den anderen verſchenke. Deßhalb verbiete er dieſe Procedur, erlaube aber eine nicht ſimulirte Schenkung der ganzen Forderung. Im erſten Falle ſolle der Ceſſionar (gleichviel ob er

---

2) L. 22. C. mandati vel contra. (4. 35.)

3) Eine freilich mehr ſcharfſinnige als wahre Lobrede des Geſetzes findet ſich in Bach, de lege Anastasiana diss. §. IV. in opusc. p. 377 sq.

4) So heißen in der Kunſtſprache der römiſchen Juriſten die, welche eine Art Gewerbe daraus machen, die Führung fremder Prozeſſe ins Gedinge (entreprise) zu nehmen. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. §. 30, S. 364—366.

5) Die Worte ita tamen bilden eine Beſchränkung zu den Worten huiusmodi conamen inhiberi, und der Satz nec enim — conflci cupiunt, muß als Parentheſe in Klammern geſetzt werden. Dieſe Bemerkung entging Brackenhöft, im Archiv, Bd. 23, S. 194, und hat zu Mißverſtändniſſen Veranlaſſung gegeben.

6) L. 23. C. ibid.

das Geschäft in eigener Person oder durch Mittelspersonen abgeschlossen habe) nicht mehr erhalten, als er dem Contracte nach an baarem Gelde für die Forderung bezahlt habe; der Ueberschuß, welcher durch Schenkung übertragen worden, solle von beiden Seiten (von der des Cedens und der des Cessionars) unberücksichtigt bleiben, also weder dieser noch jener irgend einen Vortheil oder zu dessen Einhebung irgend eine Klage erhalten. Endlich sollen simulirte Schenkungen des Ganzen, welche einen Kauf in sich enthalten, nur die Einhebung von so viel gewähren, als für die angeblich geschenkte Forderung in der That gegeben worden, und wenn der Cessus so viel geleistet hat, sollen aus der angeblichen Schenkung keine weiteren Belästigungen für ihn und sein Vermögen entstehen. In einer späteren Constitution, von welcher sich ein Auszug in den Basiliken [7]) findet, und als **lex restituta** in die Ausgaben des Justinianischen Codex aufgenommen worden ist [8]), hat Justinian eine Aufhebung der Ausnahmen verfügt, welche Anastasius außer der Schenkung noch zugelassen hatte, und festgestellt, daß auch in diesen Fällen der Cessionar nicht mehr erhalten solle, als der Kaufpreis der Forderung sammt Zinsen beträgt. — Ueber das Verhältniß dieser Verordnungen zu einander herrscht unter den neueren Rechtsgelehrten eine große Verschiedenheit der Meinung. Die gewöhnliche, welche auch Mühlenbruch [9]) und Burchardi [10]) ausgesprochen haben, betrachtet die erste Verordnung Justinian's als ein Gesetz, welches den von Anastasius nur im Allgemeinen ausgesprochenen Effect der Cession für einen concreten Fall (nämlich den der simulirten Schenkung) verdeutlicht und genauer bezeichnet habe, und es ist demnach ganz consequent, wenn sie den von Justinian auch für den Cedens verordneten Verlust des Ueberschusses auf alle von Anastasius verbotenen Geschäfte ausdehnen. Anderer Meinung waren freilich die alten Codexcommentatoren, welche die Justinianische Verfügung speciell erklärten, nur auf den Fall der simulirten Schenkung einschränkten, und deßhalb annahmen, daß die Einhebung des Ueberschusses in den von der Anastasischen Constitution nicht ausdrücklich ausgenommenen Fällen dem Cedenten verbleibe [11]). Auch nahmen dieselben das Gleiche nach der neuesten Constitution Justinian's in den Fällen an, welche das Anastasische Gesetz ausgenommen und Justinian ausdrücklich aufgehoben hat [12]). Und dadurch bestätigt sich

---

7) Basil. lib. XIV. tit. 1. th. 86. ed. Fabr. tom. II. p. 170, ed. Heimb. tom. II. p. 152. Mühlenbruch, a. a. O. S. 538, Note 58, hält die Existenz dieser Constitution für zweifelhaft, und glaubt, daß den Basilikencompilatoren eine griechische Version der L. 23. C. mandati in die Hände gefallen, und von ihnen für eine besondere Constitution gehalten worden sei. Vgl. dagegen Witte, die leges restitutae des Justinianischen Codex, S. 32, dessen Gründe jetzt auch durch das Zeugniß des alten Codexscholium aus der Coislin'schen Handschrift (Heimbach, II. p. 153) verstärkt werden.

8) Als L. 24. C. mandati.

9) A. a. O. S. 550.

10) Im Archiv für civ. Praxis, Bd. 18, S. 206.

11) Bas. ed. Heimbach, tom. II. p. 152. schol. 2.

12) Bas. l. l. tom. II. p. 153.

die Meinung von Brackenhöft [13]), welcher das Anastasische Gesetz für sich selbstständig und ohne Rücksicht auf die Justinianische declaratorische Verordnung dahin erklärt, daß bei jeder Cession, welche nicht aus einem im Gesetze besonders benannten Grunde geschehe, der Cedent als vom Cessionar übervortheilt erscheine, insofern dieser mehr empfange, als er gegeben hat, und daß mithin, während es diesem nur erlaubt sei, dasjenige vom Debitor zu fordern, was er wirklich dem Creditor gezahlt hat, dem Cedenten die Klage auf den Ueberschuß gelassen werden müsse. Dieß sei nicht allein dem Zwecke des Gesetzes angemessen, sondern folge auch aus dem Rechtsgrunde, der im Gesetze ausgesprochen worden sei. Justinian's Verordnung erklärt derselbe Schriftsteller von einem anderen Gesichtspunkte aus [14]). Dieser Kaiser, sagt er, fasse im Fall der simulirten Schenkung die Sache nicht von der Seite auf, daß der Cedent durch die Ueberredung zur Cession nicht übervortheilt werden, sondern vielmehr von der, daß der Cessionar keinen Vortheil dadurch erlangen solle, wenn der Cedent selber die Vortheile des Anastasischen Gesetzes, d. h. die Befugniß, den Ueberschuß einzuheben, durch die simulirte Schenkung des Ueberrestes von sich weist, und um dieser Ansicht gebührende Anerkennung zu verschaffen, gebe er das vom Cedenten giltig umsonst Aufgegebene dem debitor cessus. Er meine deßhalb auch [15]), von Rechtswegen habe dieß eigentlich auch den Debitoren schon von der Zeit des Anastasischen Gesetzes zu Gute kommen sollen, jedoch besinne er sich, und sage: es sei doch besser, daß dieß erst für die Zukunft gelte. — Nach diesen Bemerkungen wird es kaum noch einer Erwähnung bedürfen, daß es eine völlig grundlose Behauptung ist, wenn manche neuere Rechtslehrer den fraglichen Ueberschuß nach der Anastasischen Verordnung dem Fiscus zusprechen. Denn abgesehen davon, daß in dem Gesetze von einer eigentlichen Strafe nirgends die Rede ist, so ist auch die Analogie des Falles, wenn der Gläubiger seinem Gegner durch das Vorschieben eines mächtigeren Gegners lästig zu fallen sucht, viel zu willkürlich, als daß sie gegen allgemeine Rechtsgrundsätze und ausdrückliche Zeugnisse der Alten entscheiden könnte.

Um die Anwendung des Gesetzes in der heutigen Praxis zu zeigen, wird es noch folgender Bemerkungen im Einzelnen bedürfen. 1) Das Anastasische Gesetz ist nur von gekauften Forderungen zu verstehen. Zunächst leiten schon die Ausdrücke der Constitution darauf [16]), und bei einem correctorischen Gesetze, wie das unsrige, ist es Pflicht des Auslegers, streng bei dem Wortverstande stehen zu bleiben, und alles Argumentiren ex ratione legis ist schlechthin verwerflich. Daß aber unter den Aus-

13) Im Archiv für civ. Praxis, Bd. 23, S. 200—202.
14) Im Archiv a. a. O. S. 204—206.
15) L. 22. §. 3. C. 4. 35.
16) L. 22. C. 4. 35: Si quis datis pecuniis subierit cessionem ... Vergl. Mühlenbruch a. a. O. S. 539—543. Deßhalb läßt auch Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen, Bd. 1, S. 604, die lex Anastasiana bei dem Tausche nur dann zu, wenn in demselben ein Kauf versteckt liegt.

nahmsfällen auch solche genannt sind, welche ohne baares Geld bewerkstelligt werden können, kann hier nicht in Betracht kommen, weil bloße argumenta a contrario aus dem angeführten Grunde ebenfalls ausgeschlossen bleiben müssen. 2) Das Gesetz darf nur auf eine Cession solcher Klagen, die auf Verfolgung fungibler Sachen zustehen, bezogen werden. Denn ein Abzug des zu wenig Bezahlten von dem Gegenstande der Forderung ist ja sonst nicht denkbar. 3) Das Gesetz redet nur vom Privathandel mit Schuldforderungen und leidet folglich auf einen sub hasta geschehenen Verkauf keine Anwendung. 4) Die gesetzliche Beschränkung fällt in den Fällen weg, wo die Natur des Geschäftes eine genaue Ausmittelung der Summe, welche für die abgetretene Forderung bezahlt wurde, unmöglich macht, z. B. wenn eine universitas nominum, wie ein Calendarium, cedirt wird, oder ein ganzes Vermögen, wie eine Erbschaft, Gegenstand des Handels war. 5) Das Gesetz kann nicht auf den Verkauf von Staatsschuldscheinen und anderer auf den Inhaber lautenden Papiere angewendet werden. Dieser Satz ist allgemein anerkannt [17]); nur über den Grund desselben streitet man. Manche finden ihn in einem stillschweigenden Verzichte des Ausstellers auf die Einrede des Anastasischen Gesetzes, Andere suchen ihn aus dem Wesen des Handels mit solchen Papieren herzuleiten. Denn der Zweck, welchem diese Papiere dienen sollen, würde ganz unerreichbar sein, wenn dieselben nicht nach Art des Papiergeldes frei und ungehindert circuliren könnten, und wenn nicht zugleich dem Inhaber die Aussicht bliebe, den vollen Nennwerth einst zu erhalten. Ob ein Gleiches auch von Wechseln anzunehmen sei, ist streitig, wenn schon der Zweck der Tratten eher dafür, als dagegen zu sprechen scheint [18]). — Manche gehen noch weiter und leugnen die Anwendbarkeit des Anastasischen Gesetzes auch bei allen ungewissen und zweifelhaften Forderungen, bei liquidirten Nomina und auch in dem Falle, wenn das für eine abgetretene Forderung bezahlte geringere Quantum mit Einrechnung des Interusurium zur Verfallzeit dem vollen Werthe der cedirten Forderung gleichkommt. Allein diese Ausnahmen stützen sich theils auf unhaltbare theoretische Gründe, theils sind sie aus Mißverständnissen des Textes der Anastasischen Constitution entstanden.

Die Berufung auf die lex Anastasiana erscheint nach der Darstellung der neueren Juristen als das Ansprechen einer Rechtswohlthat. In welcher Form dieser Anspruch realisirt werden könne, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Diejenigen, welche sie als eine Rechtswohlthat für den Schuldner betrachten, nehmen eine wahre exceptio legis Anastasianae an, und erklären mithin den Debitor für schuldig, den ganzen Betrag der cedirten Forderung zu bezahlen, wenn er nicht bestimmt behaupte und dann auch beweise, daß der Cessionar die Forderung für weniger erkauft

17) Vergl. Spangenberg, in der Zeitschrift für Civil- und Criminalrechtspflege im Königreich Hannover, Bd. 1, Nr. 27, S. 66, und Linde, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 3, Nr. 2, S. 17, 19. Mühlenbruch a. a. O. S. 546. Unterholzner a. a. O. Th. 1, S. 604.

18) Vergl. Mühlenbruch a. a. O. S. 235, Note 457.

habe, als er einklagt [19]). Auch ist dieß den allgemeinen Grundsätzen, welche von den Rechtswohlthaten gelten, nicht widerstreitend, da es in Bezug auf dieselben eine allgemeine Rechtsregel ist, daß Niemand auf dergleichen Anspruch machen kann, als wenn er beweist, daß für ihn die Bedingungen desselben begründet sind. Die gemeine Meinung sieht indeß in der Verfügung des Gesetzes ein wesentliches Erforderniß der Klage des Cessionars, und spricht mithin dem Schuldner das Recht zu, ohne alle besonderen Verdachtsgründe für den Ankauf der Forderung unter dem Werthe stets den Beweis vom Cessionar zu verlangen, wie entweder die Cession nicht in Folge eines Kaufes, sondern aus anderen Ursachen geschehen oder die ganze eingeklagte Summe dafür bezahlt sei, weßhalb denn auch der Cessionar nicht die Angabe des Cessionsgrundes verweigern dürfe [20]). Eine vermittelnde Ansicht hat Mühlenbruch [21]) aufgestellt, welcher im Ganzen freilich der gemeinen Meinung beipflichtet, doch dem Cessionar nur den Beweis auferlegt, daß er so viel zu fordern habe, als er durch die Klage geltend macht. Allein, da Illegalitäten nicht zu vermuthen seien, so genüge es auch hier, wenn der Cessionar seinen Beweis auf ein der Form nach giltiges Geschäft gründet, aus welchem sich ergeben muß, nicht nur, daß eine Cession wirklich geschehen sei, sondern auch, daß der Cessionar den vollen Werth der Forderung bezahlt habe. Nun sei aber zur Form der Cession nichts weiter erforderlich, als die bestimmte Willenserklärung des Cedens. Ist diese also hinlänglich erwiesen, so liege dem Schuldner der Beweis seiner Behauptung ob, daß die Forderung für einen geringeren, als den angegebenen, Preis verkauft worden sei. Brackenhöft macht in Betreff des von den Parteien zu führenden Beweises einen Unterschied zwischen den Fällen der Anastasischen Verordnung und der von Justinian gemachten Extension dieses Gesetzes. Er betrachtet den Cessionar in Uebereinstimmung mit der gemeinen Meinung nur dann als zum Prozesse und zur Einhebung der Forderung legitimirt, wenn er beweist, daß einer der von Anastasius ausdrücklich ausgenommenen Fälle vorliegt (wo dann, wenn der Cedent eine Schenkung gemacht zu haben vorgibt, dieses eine Schenkung der ganzen Forderung sein muß), oder wenn er beweist, daß er dem Cedenten so viel gezahlt habe, als er vom debitor cessus fordert. Denn dieß betrachtet er als wesentliches

---

19) So Christoph Lenz, de actionibus et nominibus cessis (Lips. 1661, 4.), membr. V; Weber, über Beweisführung im Civilprozeß, 6, Nr. 29, S. 377; Burchardi, Beweislast der lex Anastasiana, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 18, S. 197—224.

20) So Lauterbach, collegium theoretico practicum, XVIII. 4. §. 72; Spangenberg, num legis Anastasianae exceptio vera sit exceptio (Jenae 1765, 4.). Fratrum Beckmannorum consilia (Goett. 1784, 4.), P. 1. resp. 9. qu. 4. p. 185; Bach, de lege Anastasiana, §. 5, in den Opusc. p. 363; Strube, rechtliche Bedenken, Nr. 351 (ält. Ausgabe, IV. 190); v. Bülow und Hagemann, prakt. Erörterungen, Bd. 4, Nr. 40, S. 471 flg.; v. Bannwarth, über Beweisführung und Beweislast bei der Anastasischen Verordnung. Würzburg 1821, 8. Diese Ansicht ist auch in die gewöhnlichen Pandektencompendien übergegangen.

21) A. a. O. §. 61, S. 605.

Erforderniß des juriſtiſchen Factums, welches den Uebergang des Klagerechtes bewirken ſoll, und jeder Kläger muß bekanntlich dasjenige Factum, wovon ſeine legitimatio ad causam abhängt, vollſtändig erweiſen. Enthalte nun die Berufung des Debitor auf die Anaſtaſiſche Conſtitution ein Beſtreiten der Legitimation, ſo ſei dieß nur die Rüge eines Mangels im Erwerbe des Rechtes des Ceſſionarius, und er könne ſich ſogar mit einem bloßen Ignoriren begnügen, inſofern er ſich nicht eines directen Gegenbeweiſes bedienen wolle. Behauptet dagegen der Debitor das Erlöſchen der Forderung oder eines Theiles derſelben vermöge der Juſtinianiſchen Extenſion des Anaſtaſiſchen Geſetzes, ſo ſei dieß eine wahre Einrede im heutigen Sinne des Wortes, deren Beweis dem Beklagten obliege.

Eine beſondere Erwähnung verdient noch die Frage, ob die in der Anaſtaſiſchen Conſtitution ausgenommenen Fälle, auf welche die Verordnung des Kaiſers nicht anwendbar ſein ſoll, heutzutage noch zu beachten ſind oder nicht. Zwar ſind dieſelben durch eine ſpätere Verordnung Juſtinian's [22]) ausdrücklich aufgehoben worden, allein dieſes Geſetz iſt eine **lex restituta**, welche nur aus den Baſiliken bekannt und ſpäter in den Juſtinianiſchen Codex eingetragen worden iſt; es gilt mithin nicht bei uns, da es nicht von der Gloſſe anerkannt worden iſt, und ſo ſind die in der Anaſtaſiſchen Verordnung enthaltenen Ausnahmen noch heutzutage giltig, wie auch alle Lehrer des Civilrechtes einſtimmig anerkennen.

**Exceptio cognitoria** heißt im älteren römiſchen Prozeſſe die Einrede, welche dem Kläger entgegengeſetzt werden konnte, wenn derſelbe eine der Stellvertretung unfähige Perſon zum Cognitor ernannt hatte, oder ſelbſt des Rechtes ermangelte, einen ſolchen zu ernennen [1]). Die Cognitoren waren bekanntlich die älteſten Stellvertreter in dem römiſchen Prozeſſe, und wurden mit feierlichen Worten in Gegenwart der anderen Partei vor dem Richter von ihrem Machtgeber ernannt; ſie hatten mit den ſpäteren Procuratoren das gemeinſam, daß ſie, falls ſie von Seiten des Klägers intervenirten, die Intention der Formel aus der Perſon ihres Machtgebers hernahmen und die Condemnation auf ſich ſtellen ließen [2]); daher ſie auch durch die Litisconteſtation ein unbeſchränktes Dispoſitionsrecht über den anhängigen Prozeß erlangten (domini litis fiunt). Zu den Gründen, aus welchen Jemand unfähig zur Cognitur war, gehörte die Ehrloſigkeit [3]), und wahrſcheinlich alles dasjenige, weßhalb Jemand unfähig wird, als Procurator eines Anderen aufzutreten. Frauen konnten zu den Zeiten von Paulus nur inſofern eine Cognitur übernehmen, als ſie in rem suam beſtellt wurden [4]). Als unfähig zur Ernennung eines Cognitor wird uns in den

22) L. 24. C. 4. 35.
1) Caius, inst. IV. §. 124. Vat. fragm. §. 320, 321.
2) Caius, inst. II. §. 39. IV. 55. 86.
3) Vat. fr. §. 324. Pauli sent. rec. I. 2. §. 1.
4) Pauli sent. rec. I. 2. §. 2.

römiſchen Rechtsquellen zwar Niemand ausdrücklich genannt; daß aber Wahnſinnige und erklärte Verſchwender dahin gehören, ergibt die Natur der Sache. Ferner deutet der Gebrauch der certa solenniaque verba bei der Beſtellung derſelben darauf, daß auch Kinder und Stumme ausgeſchloſſen waren. Frauen bedurften dazu jedenfalls des Beitrittes ihres Geſchlechtsvormundes [5]). Auch Ehrloſe konnten wohl keine Cognitoren beſtellen, was theils aus dem Verbote zu poſtuliren hervorgeht und durch die weſtgothiſche Interpretation zu Pauli sent. I. 2. §. 1. beſtätigt wird. Die exceptio cognitoria wird indeß nicht in allen den genannten Fällen nöthig geweſen ſein, da diejenigen, welchen das Poſtuliren unterſagt war, ſelbſt unter Einwilligung des Gegners nicht Cognitoren werden konnten [6]). In den römiſchen Rechtsquellen werden dieſe Exceptionen als dilatoriſche behandelt [7]), mithin mußten dieſelben bereits vor der Litisconteſtation vorgebracht werden, da ſonſt das dominium litis durch die Litisconteſtation auf den Cognitor überging, und die Einrede auf dem Wege der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand nicht nachgeholt werden konnte [8]). In den Juſtinianiſchen Rechtsquellen kommen dieſe Einreden nicht mehr vor, da die Cognitoren ſchon früher abgekommen waren.

**Exceptio doli** [1]), gewöhnlicher doli exceptio, auch doli mali exceptio genannt, heißt in der Kunſtſprache der römiſchen Rechtsgelehrten die peremtoriſche Einrede, welche demjenigen, welcher durch die vom Kläger in ſeinen Handlungen ausgeſprochene Abſicht, widerrechtlichen Gewinn zu ziehen, in Schaden kommt, zuſteht, zum Zwecke der Abwendung der Verurtheilung. Sie ſtammt aus dem prätoriſchen Edicte [2]) und wird einem gewiſſen Prätor Caſſius zugeſchrieben [3]), von welchem Ulpian ausdrücklich bemerkt, daß er ſich mit der Aufſtellung dieſer Einrede im Edicte begnügt, und es nicht für nöthig befunden habe, des Zwanges halber eine beſondere aufzuſtellen. Ueber die Zeit ihrer Einführung gewährt uns Plautus, welcher ihr Daſein als bekannt vorausſetzt [4]), einen Anhaltepunkt. Kann ſie demnach nicht jünger als das Jahr 570 der Stadt ſein, da der

---

5) Ulp. fragm. XI. §. 27.

6) Pauli sent. rec. I. 2. §. 1, vergl. mit L. 1. pr. D. de postulando. (3. 1.)

7) Caius, inst. IV. §. 124.

8) Caius, inst. IV. §. 124.

1) Literatur: Pothier, Pandectae Iustinianeae, lib. XLIV. tit. 4. tom. III. p. 162—177. Hänel, über das Weſen und den heutigen Gebrauch der actio und exceptio doli, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 12, Nr. 20, S. 419—432. Einige ſehr gute Bemerkungen über dieſe Lehre enthält Francke's Aufſatz: über die dem Ceſſionar aus der Perſon des Cedenten zuſtehenden Einreden, ebendaſelbſt, Bd. 16, Nr. 15, S. 422—430, und beſonders Burchardi, die Lehre von der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, S. 297—303.

2) L. 4. §. 33. D. de doli mali exc. (44. 3.) L. 1. §. 1. D. ibid.

3) L. 4. §. 33. D. 44. 3.

4) Plaut. Rudens, V. 3. vs. 24—26. Vgl. Burchardi, die Lehre von der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, S. 300—303.

genannte Dichter in diesem Jahre starb, so dürfen wir wohl auch nicht annehmen, daß sie älter sei als die lex Aebutia [5]), weil, so lange die Prozesse regelmäßig in der Form der legis actiones abgesetzt wurden, die formellen Einreden ausgeschlossen [6]), und nur in den iudicia bonae fidei Einwendungen vor dem Richter erlaubt waren. Daraus ergibt sich zugleich, daß unsere Einrede bedeutend älter ist, als die Einführung der doli actio, was erst zu den Zeiten Cicero's durch das Edict des Aquillius Gellus realisirt wurde [7]). Worin denn eigentlich die Neuerung des Cassius bestanden habe, ist ungewiß. Wahrscheinlich beschränkte sie sich auf die Aufstellung einer formellen Einrede für den dolus in Betreff anderer Klagen, als der bonae fidei iudicia [8]), bei welchen dem leugnenden Beklagten noch immer der Ausweg blieb, sein Leugnen durch Berufung auf den dolus des Klägers vor dem Richter zu motiviren, da es ja hier zum officium iudicis gehörte, den dolus zu berücksichtigen, ohne daß dazu erst eine specielle Ermächtigung von Seiten des Magistrates von nöthen gewesen wäre. Diese Berücksichtigung traf aber eben so gut den dolus des Klägers als den des Beklagten; des Klägers, da es dem Beklagten erlaubt war, bis zum Urtheile die materielle Grundlage der doli exceptio zu seinen Gunsten zu gebrauchen, worauf sich die Rechtsregel bezieht: exceptio doli inest in bonae fidei iudiciis [9]); des Beklagten, da es dem Kläger freistand, die Hauptklage aus dem Geschäfte wegen des dolus des Beklagten anzustellen, mag dieser in einem Zwange oder Betruge bei Begründung der Schuld [10]), oder in einer nachfolgenden Verletzung des Obligationsverhältnisses [11]) bestehen. Und wenn man dergleichen Klagen nicht allein wegen des dolus anstellte, sondern nur nebenher, indem man den Hauptgegenstand einklagte, den dolus zur Sprache brachte, so konnte dieß nicht blos gleich von Anfang an, sondern auch nach der Litiscontestation, also, um mit den römischen Juristen zu reden, noch vor dem Juder geschehen, eben weil es hier zum officium iudicis gehörte, auch den dolus in Betracht zu ziehen [12]). Allein so gewiß diese Berücksichtigung des beiderseitigen dolus in der Natur der bonae fidei iudicia lag, so wenig konnte doch hier von Seiten des Beklagten von einer förmlichen

---

5) Caius, inst. IV. §. 30. Gell., noct. Att. 16. cap. 10.
6) Caius, inst. IV. §. 8.
7) Cic., de nat. Deor. III. 30., de officiis III. 14.
8) Cic., de nat. deor. III. 30., de off. III. 15.
9) L. 21. D. soluto matrim. (24. 3.) L. 84. §. 5. D. de leg. I. (30.) L. 68. pr. u. §. 1. D. de contrah. empt. (18. 1.) Von der exceptio pacti spricht in dieser Beziehung L. 3. D. de rescindenda venditione. (18. 5.)
10) L. 7. pr. u. §. 3. D. de dolo malo. (4. 3.) L. 9. pr. D. ibid. L. 4. pr. D. de act. empt. (19. 1.) L. 6. §. 9. L. 13. §. 4 u. 5. L. 30. §. 1. D. ibid. L. 43. §. 2. D. de contrah. empt. (18. 1.) L. 68. §. 1 u. 2. D. ibid. L. 2. C. de actione empti. (4. 49.) Pauli, sent. rec. II. 17. §. 6. L. 21. pr. D. de evictionibus. (21. 2.)
11) L. 5. §. 2. D. commodati vel contra. (13. 6.) L. 23. D. de regulis iuris. (50. 17.)
12) §. 30. J. de actionibus. (4. 6.) L. 2. C. de act. empti. (4. 49.)

exceptio doli die Rede ſein, da es dazu einer ſpeciellen Ermächtigung von Seiten des Magiſtrates überall nicht bedurfte. Und ſo ſcheint es, daß die Regel doli exceptio inest in bonae fidei iudiciis ſich erſt nach der Zeit gebildet habe, als man ſich daran gewöhnt hatte, daß bei veränderter Prozeßform durch die formulae die Einreden vor dem Magiſtratus angegeben und von dieſem an die Condemnation als Ausnahmen angehängt wurden.

Betrachten wir zunächſt die Formel, in welcher die doli exceptio zu den Zeiten der claſſiſchen Juriſten concipirt wurde. Hier erſcheint das Zeugniß des Cajus[13]) entſcheidend, nach welchem ſie folgendermaßen lautet: si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat. Für dieſe Faſſung ſpricht auch die Analogie der exceptio metus[14]); daß der Name desjenigen, auf deſſen dolus man ſich exceptionsweiſe ſtützte, in der Exceptionsformel ſtand, bezeugt Ulpian[15]); daß endlich der Beklagte, oder der, gegen welchen der dolus verübt worden, daſelbſt nicht genannt wurde, geht aus einer anderen Aeußerung Ulpian's[16]) hervor. Auch ſtimmt zu der von Cajus angegebenen Exceptionsformel völlig die erweiterte Anſicht vom Begriff des dolus, welche wir zu den Zeiten der claſſiſchen Juriſten in Betreff unſerer Exception als bereits ausgebildet vorfinden. Denn wenn ſchon die Exception zunächſt nur da begründet war, wo der Anſpruch des Klägers aus Zwang oder Betrug hervorgegangen iſt[17]), ſo hat ſich die Anwendbarkeit derſelben doch nicht darauf beſchränkt; vielmehr kam man durch eine genauere Betrachtung der Exceptionsformel darauf, auch alle Thatſachen, Umſtände zu berückſichtigen, welche die Klage, wenn ſie auch dem Buchſtaben nach Grund hat, als innerlich widerrechtlich und unbillig erſcheinen laſſen, ſelbſt dann, wenn dieſe Thatſachen nach dem Abſchluſſe des Geſchäftes, aus welchem der Anſpruch des Klägers entſtand, eingetreten ſind[18]). Vorausgeſetzt indeß, daß der Kläger mit dieſen Umſtänden und Verhältniſſen bekannt ſein konnte und mußte, alſo ſeinen böſen Willen, ſeinen dolus dadurch offenbarte, daß er ſich nicht an dieſelben kehrte[19]). Und allerdings rechtfertigten ſchon die Worte neque fiat inſofern eine ſolche Ausdehnung, als dieſelben nicht auf die Zeit des abgeſchloſſenen Geſchäftes beſchränkt werden konnten,

---

13) Inst. IV. §. 119.

14) L. 4. §. 33. D. 44. 4.

15) L. 2. §. 1. D. 44. 4. So iſt L. 4. §. 33. cit. zu verſtehen: quod exceptio doli personam complectitur eius, qui dolo fecit.

16) L. 2. §. 2. D. 44. 4: Plane ex persona eius, qui exceptionem obiicit, in rem opponitur exceptio; neque enim quaeritur, adversus quem commissus sit dolus, sed an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris.

17) §. 1. J. de exceptionibus. (4. 13.) L. 7. §. 11. D. de pactis. (2. 14.) L. 40. D. de dolo malo. (4. 3.) L. 2. pr. D. 44. 4. L. 4. §. 33. D. ibid. Caius, inst. IV. §. 117.

18) L. 2. §. 4 u. 5. D. 44. 4. L. 4. §. 32. D. ibid. L. 10. §. 2. D. 2. 14. L. 7. §. 11. L. 27. §. 5. D. ibid. L. 7. §. 2. D. de cur. fur. (27. 10.) L. 17. §. 2. D. soluto matrim. (24. 3.) L. 3. C. de non numerata pec. (4. 30.) L. 1. C. de re iud. (7. 52.)

19) L. 2. §. 5. D. 44. 4. L. 177. §. 1. D. de reg. iuris. (50. 17.) L. 4. §. 26. D. 44. 4.

ſondern vielmehr auf den ganzen Zeitraum, welcher bis zur Litiscontestation verfloſſen war, bezogen werden mußten [20]). Spätere Handlungen und Thatſachen konnten ſchon um deswillen nicht weiter berückſichtigt werden, weil die formelle Vorſchützung der Einrede in den actiones stricti iuris an die Litiscontestation gebunden und es mithin unmöglich war, auf Ereigniſſe einzugehen, die der Beklagte den Umſtänden nach nicht hatte berückſichtigen können. Aus dieſer Darſtellung der Sachlage ergibt ſich von ſelbſt, daß man nicht eine Erweiterung des Begriffes dolus für die Zeiten der claſſiſchen Juriſten annehmen darf, ſondern man muß vielmehr behaupten, daß die Ausdehnung der Sphäre der doli exceptio (im Vergleich mit der Sphäre der doli actio) nur in dem Umſtande ihren Grund hat, daß man den zu berückſichtigenden Zeitraum vergrößerte. Gleichwohl ſcheint es, daß die Faſſung der doli exceptio in den älteren Zeiten eine andere geweſen ſei, und nur in der erſten Hälfte der genannten Exceptionsformel unter Weglaſſung der Worte neque fiat beſtanden habe [21]). Die Gründe, welche für dieſe Meinung ſprechen, laſſen ſich auf folgende Punkte zurückführen. Zunächſt enthält die exceptio metus, welche erſt ſpäterhin aus der doli exceptio als eigne Einrede heraustrat, nicht die Worte neque fiat, und berückſichtigt nur den Zwang, welcher das dem Beklagten nachtheilige Geſchäft veranlaßt hat [22]). Dieſe Analogie ſcheint aber um ſo entſcheidender für unſere Annahme zu ſein, da bis auf die angegebenen Worte die Faſſung beider Einreden faſt die nämliche iſt. Sodann kommt es hier in Betracht, daß Cajus, wo er im Allgemeinen das Weſen und den Umfang der doli exceptio bezeichnen will, ganz einfach die Worte braucht: si nihil in ea re, qua de agitur, dolo malo actoris factum sit [23]), und te fecisse dolo malo [24]). Auch verdient das Zeugniß Ulpian's Berückſichtigung, welcher das Weſen der Einrede in die Worte ſetzt: si in ea re nihil dolo malo actoris factum est [25]). Wenn ferner derſelbe Rechtsgelehrte bemerkt, daß dieſe Exception aus demſelben Grunde (ex eadem causa) aufgeſtellt worden, welcher die Einführung der actio doli motivirt hat [26]), ſo ſcheint auch dieß darauf zu deuten, daß man früherhin eine engere Sphäre der doli exceptio kannte; denn gerade dieſe Klage hat das Eigenthümliche, daß nur der dolus, welcher den Abſchluß des dem Kläger nachtheiligen Geſchäftes veranlaßt hat, die Grundlage derſelben werden kann. Endlich ſcheinen hier eine Menge von Stellen der römiſchen Juriſten aus der claſſiſchen Zeit von Bedeutung, welche es bei der doli actio als etwas Eigenthümliches, Sonderbares hervorheben, daß dabei auch die Um-

---

20) L. 7. §. 9—11. D. 2.14. Caius, inst. IV. §. 119. Darauf geht auch L. 4. D. de exceptionibus et praescript. (44. 1.)

21) Dieſe Anſicht hat ſchon Hänel, a. a. O. im Archiv, Bd. 12, S. 419, aufgeſtellt, freilich ohne ſie genauer aus den Quellen zu begründen.

22) L. 4. §. 33. D. 44. 4.

23) Caius, inst. IV. §. 119.

24) Caius, inst. IV. §. 117.

25) L. 2. §. 1. D. 44. 4.

26) L. 2. pr. D. 44. 4.

stände, die nach dem Abschlusse des Geschäftes, welches der Klage zu Grunde liegt, eingetreten sind, berücksichtigt werden, und mithin darauf zu deuten scheinen, daß nach Analogie anderer Rechtsmittel, welche sich auf den dolus gründen, dieß als etwas Neues, Ungewöhnliches angesehen worden sei[27]). Auch paßt zu dieser engeren Beziehung der doli exceptio ganz und gar der Grund, welchen Paulus für die Einführung dieser Einrede angibt[28]); wenigstens tritt der Widerspruch der Billigkeit mit dem Ziehen von Gewinn aus unredlichen Handlungen nirgends stärker und schlagender hervor, als bei den nach dem Civilrechte giltigen Geschäften, zu deren Abschluß der dolus des Einen von den Parteien Veranlassung gegeben hat. Freilich muß diese Ausdehnung der Exceptionssphäre schon sehr weit hinauf reichen, da bereits Labeo, ein Zeitgenosse August's, derselben gedenkt[29]). Indessen blieb der Fall, auf welchen sich ursprünglich die Einrede bezogen hatte, noch immer im Munde der römischen Juristen, so daß wir ihn noch in den Justinianischen Rechtsbüchern an vielen Stellen als den gewöhnlichsten angeführt finden[30]).

Fragen wir nach den Erfordernissen der Einrede, so lassen sie sich auf folgende Punkte zurückführen. 1) Der Kläger muß eine Vermehrung seines Vermögens bereits erfahren haben oder noch beabsichtigen[31]). Gleichgiltig ist es, auf welche Weise diese Vermögensvermehrung herbeigeführt wird, sei es durch Verwendung fremder Gelder zum eigenen Nutzen[32]), oder durch ein nochmaliges Verlangen dessen, was man bereits auf einem anderen Wege erlangt hat[33]), oder durch Vindication eines Gegenstandes, den der Beklagte unentgeltlich herausgeben soll, ohne für seine Verbesserungen und sonstigen nothwendigen Aufwand Entschädigung zu erhalten[34]), oder durch Anspruch auf vollständigen Schadenersatz ohne Herausgabe der Nutzungen und Vortheile, welche man aus der zu vergütenden Sache gezogen hat[35]), oder durch Vindication eines Gegenstandes, an welchem dem Beklagten einer Forderung halber ein Retentionsrecht zusteht, wenn man sich nicht zugleich bei der Vindication zur Bezahlung der Schuld versteht[36]), oder durch Einklagung dessen, wovon es gewiß ist, daß man es, oder wenigstens eine gleich große Summe an die-

---

27) L. 4. §. 15. D. 44. 4. L. 2. §. 3. D. ibid. L. 2. §. 5. D. ibid. L. 36. D. de verborum obligat. (45. 1.)

28) L. 1. §. 1. D. 44. 4: Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit.

29) L. 4. §. 15. D. 44. 4.

30) L. 36. pr. D. 45. 1. §. 1. J. de except. (4. 13.) L. 8. §. 6. D. de liberat. legata. (34. 3.) L. 3. C. de donationibus ante nuptias. (5. 3.) L. 6. C. soluto matrim. quemadmodum. (5. 18.) L. 5. C. de inutilibus stipulationibus. (8. 39.)

31) Darauf deutet das prosit in L. 1. §. 1. D. 44. 4.

32) L. 4. §. 4. D. 44. 4. L. 16. D. ibid.

33) L. 1. C. de re iudicata. (7. 52.)

34) L. 4. §. 9. D. 44. 4. L. 5. §. 2. L. 10. D. ibid.

35) L. 2. §. 7. D. 44. 4.

36) L. 5. §. 1. D. 44. 4.

ſelben Perſonen nach dem Empfange werde wiedererſtatten müſſen [37]), oder durch Beanſpruchung eines Gegenſtandes, ohne ſich vorher zur Erfüllung der eigenen connexen Verbindlichkeit zu verſtehen [38]), oder durch Benutzung eines nach dem ſtrengen Civilrechte giltigen, aber der mangelnden Zahlung halber unwirkſamen Geſchäftes zur Anſtellung einer Klage [39]), oder durch die Realiſirung eines nach dem Civilrechte fortgeltenden Anſpruches, der deßhalb in Wegfall kommt, weil der Grund des Geſchäftes zu exiſtiren aufgehört hat [40]), oder durch Einklagung einer Forderung, zu der ſich Jemand nur aus entſchuldbarem Irrthume verſtanden hat [41]), oder einer Forderung gegen den Inhalt des eigenen Vertrages [42]) (gleichgiltig iſt es dabei, ob es ein ausdrücklicher oder ein ſtillſchweigender Vertrag iſt), oder gegen den Sinn eines giltigen Teſtamentes [43]), oder wenn man aus den zweideutigen Worten eines giltigen Teſtamentes ein Forderungsrecht ableitet [44]), oder eine Klage anſtellt, von der man weiß, daß ſie durch irgend eine dem Beklagten zuſtehende Einrede unwirkſam gemacht werden kann [45]). 2) Der Beklagte muß durch den Anſpruch des Klägers entweder bereits eine Vermögensverminderung erlitten oder zu fürchten haben. Dieß Erforderniß ergibt ſich von ſelbſt aus der Natur des vom Kläger realiſirten Anſpruches; am deutlichſten tritt es aber in den Fällen hervor, wo außer der Conventionalſtrafe auch noch Schadenerſatz nebenher verlangt [46]), oder die Strafe des Compromiſſes eingetrieben wird, ohngeachtet dem Beklagten ein genügender Entſchuldigungsgrund zur Seite ſteht [47]), oder wo Schadenerſatz verlangt wird, ohngeachtet man ſchon auf anderem Wege zu dem Seinigen gekommen iſt [48]), oder wo Entſchädigung für die Verwendungen aus dem eigenen Vermögen verweigert wird, ohnerachtet man die Hauptſache unentgeltlich weggeben ſoll [49]). Auch muß eine dergleichen Vermögensverminderung ſchon in den Fällen als bevorſtehend angenommen werden, wo der Beklagte andere Rechtsmittel hat, um ſeine Gegenforderungen oder anderweitigen Anſprüche an den Kläger zu realiſiren, da es ja immerhin ungewiß bleibt, ob der jetzige Kläger das Judicat werde zahlen können, falls der jetzige Beklagte ſpäterhin gegen ihn ein günſtiges Urtheil der eigenen Anſprüche halber erwirken ſollte. 3) Der Kläger muß zu der Vermögensvermehrung, welche er bereits er-

---

37) L. 5. pr. D. 44. 4. L. 8. §. 1. D. ibid. L. 6. D. ibid. L. 4. §. 8. D. ibid. Hierher gehört auch der Fall der nothwendigen Compenſation.
38) L. 5. pr. D. 44. 4.
39) L. 2. §. 3. D. 44. 4. Caius, inst. IV. §. 116, 119. §. 1. J. 4. 13.
40) L. 2. §. 3. D. 44. 4. L. 4. §. 1. D. ibid.
41) L. 7. §. 1. L. 17. D. 44. 4.
42) L. 2. §. 4 u. 6. D. 44. 4. L. 4. §. 7 u. 12. D. ibid.
43) L. 4. §. 10 u. 11. D. 44. 4. L. 13. u. L. 17. §. 3. D. ibid.
44) L. 88. pr. u. §. 1. D. ad legem Falcidiam. (35. 2.)
45) L. 2. §. 5. L. 12. D. 44. 4.
46) L. 4. §. 7. D. 44. 4.
47) L. 4. §. 2. D. 44. 4.
48) L. 1. C. de re iud. (7. 52.)
49) L. 4. §. 9. L. 10. D. 44. 4.

halten hat oder durch die Anstellung der Klage beabsichtigt, durch das strenge Recht (ius civile) berechtigt sein. Schon Ulpian[50]) hebt dieses Erforderniß bei der Angabe des Grundes für die Einführung unserer Exception recht deutlich hervor. Am klarsten tritt es aber in den Fällen heraus, wo numerationis causa Stipulationen interponirt worden sind, ohne daß das Geld in der That gezahlt worden[51]); wo ferner die Stipulationen rechtlich noch fortdauern, wenn schon ihr Grund in Wegfall gekommen ist[52]), wo das Klagerecht aus der Obligation ungeachtet des pactum de non petendo rechtlich fortbesteht[53]), wo die actio ex testamento zwar den Worten des giltigen Testamentes, nicht aber dem Sinne desselben nach begründet ist[54]). 4) Diese Vermögensvermehrung des Klägers muß den Grundsätzen der natürlichen Billigkeit, der bona fides widerstreiten. Im Allgemeinen folgt dieß schon aus der Natur der Exceptionen, in Bezug auf die unsrige wird dieß Erforderniß aber noch in vielen Stellen[55]) besonders hervorgehoben. 5) Der Kläger muß bei Anstellung seiner Klage im dolus sich befinden, d. h. wenigstens davon unterrichtet sein, daß dieß sein Begehren, dessen Befriedigung er von dem Beklagten verlangt, den Beklagten gegen die Grundsätze der natürlichen Billigkeit in Schaden bringen werde[56]). Darauf deutet die Conception der Exceptionsformel, und daß es mit diesem dolus ernstlich gemeint sei, ergibt sich zugleich auch daraus, daß gegen Personen, denen man Respect schuldig ist, nicht die doli exceptio, sondern die exceptio in factum zulässig ist[57]), damit nicht ihr Ruf leide. Gewöhnlich beschränkt sich die Exception auf den von dem Kläger begangenen dolus[58]), daher auch dieser allein gewöhnlich in der Exceptionsformel genannt wird[59]); nur ausnahmsweise wird die Exception auch wegen des von anderen Personen, welche der Kläger zu vertreten hat, begangenen dolus gestattet[59a]), und diese müssen dann in der Formel ebenfalls genannt sein. Zunächst kommt der dolus der Personen, welche in fremder Gewalt stehen, auch gegen den, welcher sie in der Gewalt hat, in Betracht, und zwar in Geschäften, welche deren Peculium betreffen, hat er ihren dolus immer zu vertreten; bei anderen Geschäften hingegen nur

---

50) L. 2. D. 44. 4.

51) Caius, inst. IV. §. 116, 119. §. 1. J. 4. 13. L. 2. §. 3. D. 44. 4.

52) L. 2. §. 3. L. 4. §. 1. D. 44. 4.

53) L. 2. §. 4 u. 6. D. 44. 4.

54) L. 4. §. 10. D. 44. 4. L. 88. pr. u. §. 1. D. 35. 2.

55) L. 1. §. 1. D. 44. 4. L. 4. §. 7. L. 12. D. ibid. Caius, IV. §. 116. §. 1. J. 4. 13.

56) Caius, inst. IV. §. 117, 119. §. 1. J. de except. (4. 13.) L. 4. §. 15. L. 1. §. 1 u. 2. D. 44. 4. L. 5. §. 2. L. 2. §. 3—7. L. 4. §. 1—4. 6. 7. 12. 26. D. ibid.

57) L. 4. §. 16. D. 44. 4. L. 7. §. 2. D. de obsequiis. (37. 15.)

58) L. 1. §. 1. D. 44. 4. L. 2. §. 1. D. 44. 4. L. 4. §. 33. D. ibid. L. 11. §. 1. D. ibid.

59) Caius, inst. IV. §. 117, 119. L. 2. §. 1. D. 44. 4. L. 4. §. 33. D. ibid.

59a) L. 2. §. 1. D. 44. 4.

dann, wenn der dolus derselben bei dem Abschlusse des Geschäftes, weßhalb die Einrede zusteht, von Einfluß war [60]). Den dolus des mit der Verwaltung aller Güter beauftragten Procurator hat der Geschäftsherr stets zu vertreten [61]). War der Bevollmächtigte nur zur Führung des Prozesses bestellt, so ist zu unterscheiden, ob der Auftrag ihm in rem suam gegeben war oder nicht. Im letzten Falle kann nur wegen des nach der Litiscontestation vom Bevollmächtigten begangenen dolus gegen den Auftraggeber excipirt werden, da erst durch die Litiscontestation das dominium litis auf den Bevollmächtigten übergeht [62]); im ersten Falle hingegen wird auch der vor der Litiscontestation vom Procurator begangene dolus in Betracht gezogen [63]). Tutoren, welche im Namen ihrer Pupillen prozessiren, schaden durch ihren nach der Litiscontestation begangenen dolus jedenfalls ihren Mündeln [64]); für die übrigen Fälle, wo Tutoren und Curatoren für ihre Pflegebefohlenen mit Dritten Geschäfte abmachen, waren freilich vom Anfang an die Stimmen der römischen Rechtsgelehrten getheilt, doch ist in die Justinianischen Rechtsbücher die Meinung siegreich übertragen worden, daß der dolus der Vormünder auch hier den Pflegebefohlenen schade [65]). Der vom Protutor begangene dolus kommt nie in Betracht [66]). Actoren, welche mit der Eintreibung und Verrechnung fremder Gelder beauftragt sind, hat der Geschäftsherr in Bezug auf den von ihnen später begangenen dolus zu vertreten [67]). Bei dem Eintritt in die Rechte Anderer durch Singularsuccession ist zu unterscheiden, ob der Eintritt durch onerose oder lucrative Geschäfte erfolgt ist. Im ersten Falle braucht sich der Nachmann in der Regel nicht die Exception aus dem dolus seines Auctor gefallen zu lassen [68]), außer wenn er sich den Besitz seines Vorgängers zu Gute rechnet, also mit anderen Worten von der accessio possessionis Gebrauch macht, in welchem Falle ihm auch die Einrede aus den Handlungen seines Vormannes entgegengestellt wird [69]). Im zuletzt genannten Falle muß sich freilich der Nachmann immer die Einrede aus dem Betragen seines Auctor gefallen lassen [70]), z. B. im Fall des Legates, der Schenkung und selbst der Noxädedition. Bei dem Pfandvertrage hat der Pfandgläubiger, welcher die Servianischen Klagen anstellt, gleichfalls dieß zu leiden, weil die verpfändete Sache ihm nicht für die Dauer übergeben ist, sondern zu dem Verpfänder nach Abzahlung der Hauptschuld zurückkehren wird [71]).

---

60) L. 4. §. 17. D. 44. 4.
61) L. 4. §. 18. D. 44. 4.
62) L. 4. §. 18. D. 44. 4. L. 11. pr. D. ibid.
63) L. 4. §. 18. D. 44. 4.
64) L. 11. pr. D. 44. 4.
65) L. 4. §. 23 u. 25. D. 44. 4.
66) L. 4. §. 24. D. 44. 4.
67) L. 5. §. 3. D. 44. 4.
68) L. 4. §. 27. 28. 31. D. 44. 4.
69) L. 4. §. 27. D. 44. 4., vergl. mit L. 175. §. 1. D. 50. 17. L. 177. pr. D. ibid.
70) L. 4. §. 29. 31. D. 44. 4. L. 6. D. de exceptionibus. (44. 1.)
71) L. 4. §. 30. D. 44. 4.

Auch dem Ceſſionar ſteht zweifelsohne die Einrede aus der Perſon des Cedenten entgegen, inſofern deſſen dolus in Verbindung mit der Forderung und ihrem Grunde ſteht, weiter aber wohl nicht [72]); denn der Ceſſionar klagt aus einem fremden Rechte, und muß deßhalb alle die Einreden ſich gefallen laſſen, welche ſeinem Cedenten hätten entgegengeſetzt werden können [73]). Andere ſchneiden die exceptio doli aus den Handlungen des Cedens gegen den Ceſſionar ab, was freilich nur auf falſch verſtandenen Begriffen von der perſönlichen Eigenſchaft der doli exceptio und auf einer irrigen Auslegung von L. 4. §. 27—31. D. 44. 4., welche gar nicht auf unſeren Fall ſich bezieht, beruht [74]). Dem Delegatar kann in der Regel die Einrede nicht aus den Handlungen des Deleganten entgegenſtehen, da hier der Gläubiger aus einer neuen, von ihm ſelbſt contrahirten Obligation klagt [75]), und es gilt ſomit für dieſen Fall die in den römiſchen Rechtsquellen allgemein anerkannte Regel: alienus dolus alteri nocere non debet [76]).

Treffen die genannten Erforderniſſe zu, ſo iſt die doli exceptio begründet, und ſie erſcheint in dieſer Beziehung als ein Univerſalſchutzmittel gegen alle Ungerechtigkeiten, welche auf Koſten des guten Glaubens durch eine zuweit getriebene Strenge und einſeitige Conſequenz in Anwendung gewiſſer Rechtsſätze auf den concreten Fall geſchehen können [77]). Sie iſt überall begründet, wo Umſtände, Ereigniſſe und Thatſachen vorliegen, welche die Klage, wenn ſie auch dem Buchſtaben nach Grund hat, als innerlich widerrechtlich und unbillig erſcheinen laſſen, vorausgeſetzt, daß der Kläger mit dieſen Umſtänden und Verhältniſſen bekannt ſein konnte und mußte, alſo ſeinen böſen Willen, ſeinen dolus dadurch offenbarte, daß er ſich an dieſe Thatumſtände nicht kehrte. So erhielt unſere Exception eine Art von ſubſidiariſcher Stellung in den römiſchen Rechtsquellen, welche ihr auch noch im Juſtinianiſchen Rechte verblieben iſt. Zunächſt deutet darauf das Verhältniß der exceptio metus zu unſerer Exception [78]); ferner der zur Zeit der claſſiſchen Juriſten allgemein anerkannte Grundſatz, daß unſere Einrede überall ſtattfinde, wo eine facti exceptio vorliege [79]), oder die erhobene Klage durch die aequitas defensionis abgewieſen wer-

---

72) Vergl. Francke, über die dem Ceſſionar aus der Perſon des Cedenten entgegenſtehenden Einreden, im Archiv für civ. Praxis, Bd. 16, S. 417—434, und Mühlenbruch, die Lehre von der Ceſſion der Forderungsrechte, S. 592—596.

73) L. 4. §. 19. D. 44. 4.

74) So Faber, coniect. iuris civilis, lib. XII. cap. 9, und ähnlich Alphons. de Olea, tractatus de cessione iurium et actionum, tit. VI. quaest. XI.

75) L. 4. §. 20—22. D. 44. 4. L. 12. 13. u. 19. D. de novationibus et delegationibus. (46. 2.) L. 9. §. 1. D. de cond. causa data, causa non secuta. (12. 4.) L. 78. §. 5. D. de iure dotium. (23. 3.) L. 46. §. 2. D. ibid.

76) L. 11. D. 44. 4. L. 2. §. 1 u. 2. L. 4. §. 33. D. ibid.

77) Vergl. Hänel a. a. O. Th. 12, S. 422—429.

78) L. 14. §. 13. D. 4. 2. L. 4. §. 33. D. 44. 4.

79) L. 2. §. 5. D. 44. 4. L. 2. §. 32. D. ibid. L. 8. D. de condictione ob turpem. (12. 5.) L. 3. C. de non num. pec. (4. 30.)

den kann [80]); nichts aber halte ich für bezeichnender, als die Art und Weise, in welcher die römischen Rechtsquellen das Verhältniß der pacti exceptio zu unserer Einrede darstellen. Zunächst ist nämlich allgemein anerkannt, daß wo die pacti exceptio zusteht, auch die doli exceptio gestattet werde [81]); allein die Sphäre ihrer Anwendung war noch viel weiter, da man sie auch dann aus Verträgen gestattete, wo der Strenge des Rechtes nach eine exceptio pacti nicht verwilligt werden konnte, z. B. wenn der Vertrag vom Bevollmächtigten geschlossen war, und der Machtgeber sich darauf beruft [82]). Gerade diese subsidiarische Stellung unserer Einrede erklärt sich am einfachsten aus der Vermuthung, auf welche schon die Analogie von der exceptio metus führt, daß unsere Einrede von allen die älteste war, und die einzelnen benannten Einreden erst nach und nach, theils durch die Wirksamkeit des Prätors, theils durch den Einfluß der Doctrin, aus derselben herausgetreten sind. Als man sich nun im Laufe der Zeiten daran gewöhnt hatte, unsere Einrede als einen integrirenden Theil des prätorischen Rechtes zu betrachten, benutzte man sie auch als ein erwünschtes Auskunftsmittel, die Ausbildung einzelner Rechtsinstitute zu befördern, und manche Schwierigkeiten, welche das ius civile in der Praxis fand, zu beseitigen. So ward die bonorum possessio secundum tabulas in gewissen Fällen zu einer dauernden erhoben, seitdem kaiserliche Constitutionen dem bonorum possessor ex tabulis non iure factis gegen die Erbschaftsklage der Intestaterben die doli mali exceptio verliehen haben [83]). Auch wurde die Strenge der stricten Klagen gemildert, seitdem es dem Beklagten durch eine Constitution des Marcus Aurelius gestattet war, sich auch hier auf seine Gegenansprüche an den Kläger in der Form der doli exceptio zu beziehen [84]). Allein nicht blos durch kaiserliche Constitutionen, auch durch den Einfluß der Doctrin [85]) ward die Sphäre unserer Exception erweitert. So verdankt z. B. die Anwendung der doli exceptio bei der Bereicherung des sonst willensunfähigen Pupillen, welcher aus einem ohne Vollwort seines Tutor geschlossenen Geschäfte verpflichtet wird, dem Juristenrechte ihren Ursprung [86]). Auch die Befugniß des Besitzers im bösen Glauben bei der hereditatis petitio Ersatz seiner Verwendungen zu verlangen, so weit der Andere dadurch bereichert worden ist, schreibt sich aus dieser Quelle her [87]). Endlich gehört in diese Kategorie auch der Fall, wenn bei der Accessio der Eigenthümer der Hauptsache, welcher durch die untrennbare Verbindung der Nebensache mit der seinigen gewinnt,

---

80) L. 12. D. 44. 4.
81) L. 2. §. 4. L. 4. §. 8. D. 44. 4. L. 10. §. 2. D. 2. 14. L. 27. §. 5. D. ibid. Vergl. Hänel a. a. O. Th. 12, S. 423.
82) L. 7. §. 18. L. 10. §. 2. D. 2. 14. L. 16. pr. u. §. 1. L. 21. §. 1 u. 2. L. 40. §. 3. D. ibid.
83) Caius, inst. III. §. 120.
84) §. 30. J. de actionibus (4. 6.), ibique Theoph.
85) L. 2. §. 7. L. 4. §. 1 u. 14. D. 44. 7.
86) L. 4. §. 4. D. 44. 4. Vergl. Sell, Versuche, Th. 1, S. 50.
87) L. 38. D. de hered. pet. (5. 3.)

mittelſt der doli exceptio gezwungen wird, den Werth der Nebenſache ganz oder zum Theil zu erſetzen [88]). So hatte denn unſer Rechtsmittel zur Zeit der claſſiſchen Juriſten eine Ausdehnung erhalten, welche es urſprünglich nicht gehabt hat, ohne Rückſicht darauf, ob es mit anderen Exceptionen concurrirte oder nicht. Die wichtigſten Anwendungen, in welchen dieß Rechtsmittel in den Juſtinianiſchen Rechtsquellen noch vorkommt, ſind folgende. Es ſteht zu in Fällen, wo die Forderung auf einem factiſchen Irrthume beruht oder auf einer Vorausſetzung, welche nicht eingetreten iſt, wo alſo der Beklagte, wenn er bereits Zahlung geleiſtet hätte, die condictio indebiti, sine causa oder causa non secuta haben würde [89]); ferner da, wo der Anſpruch auf einer turpis causa beruht [90]), oder eine Stipulation credendi causa eingegangen worden, die verſprochene Zahlung aber nicht erfolgt iſt [91]); in allen Fällen, wo die Forderung nicht ipso iure erloſchen iſt, und gleichwohl ein Thatumſtand eintritt, welcher ſie ope exceptionis aufhebt, wie bei der unvollkommenen Zahlung [92]), bei Erlaßverträgen, ohne Unterſchied, ob der Excipient oder ein Dritter den ihm zu Gute kommenden Vertrag abgeſchloſſen hat, bei Vergleichen [93]), bei unvollſtändiger Novation [94]) und partieller Confuſio [95]); um das bei der Dotalklage vom Richter überſehene beneficium competentiae in der actio iudicati geltend zu machen [96]); als Rechtsmittel wider Vollziehung eines auf Beſtechung, Gunſt oder Feindſchaft beruhenden ſchiedsrichterlichen Urtheiles [97]); in Fällen, wo ſonſt die exceptio non adimpleti contractus [98]), oder rei venditae et traditae [99]) ſtattfindet; als Mittel um den Anſpruch auf die Falcidiſche [100]) und Trebellianiſche [101]) Quart zu realiſiren; in allen Fällen, wo die Klage

---

88) L. 23. §. 4. D. de rei vind. (6. 1.) L. 7. §. 12. D. de acquirendo rerum dom. (41. 1.) Caius, inst. II. §. 76—78. §. 30 u. 32. J. de rerum divisione. (2. 1.)

89) L. 2. §. 3. D. 44. 4. L. 4. §. 1. L. 7. pr. D. ibid. L. 3. §. 7. D. de peculio. (15. 1.) L. 5. §. 1. D. de actionibus emti venditi. (19. 1.) L. 13. pr. D. de iure dotium. (23. 3.) L. 2. §. 3 u. 4. D. de donationibus. (39. 5.) L. 3. C. de condictione indebiti. (4. 5.)

90) L. 8. D. de condictione ob turpem vel iniustam causam. (12. 5.)

91) L. 4. §. 16. D. 44. 4. L. 29. pr. D. mandati vel contra. (17. 1.) Caius, inst. IV. §. 116. §. 2. J. de except. (4. 13)

92) L. 74. §. 2. D. de iudiciis. (5. 1.) L. 1. C. de re iudicata. (8. 36.)

93) L. 23. §. 3. D. de cond. indeb. (12. 6.)

94) L. 91. D. de solut. et liberat. (46. 3.)

95) L. 14. C. de rei vindicatione. (3. 32.) L. 71. D. de fideiussoribus. (46. 1.)

96) L. 17. §. 2. D. sol. matr. (24. 3.)

97) L. 31. u. L. 32. §. 14. D. de receptis qui arbitrium. (4. 8.) L. 3. C. de receptis arbitris. (2. 56.)

98) L. 5. C. de evictionibus. (8. 45.)

99) L. 17. D. de evictionibus. (21. 2.) L. 3. C. de rebus alienis non alienandis. (4. 51.)

100) L. 5. §. 1. D. 44. 4. L. 16. pr. D. ad legem Falcidiam. (35. 2.) L. 23. D. ibid. L. 80. §. 1. D. ibid.

101) L. 21. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.)

mit den Bestimmungen eines Testamentes oder eines anderen giltigen letzten Willens in Widerspruch steht [102]), wohin es gehört, wenn der Erbe eine Schuld einklagt, welche durch ein legatum liberationis erlassen ist [103]), oder wenn ein Vermächtniß eingeklagt wird, welches pro ademto zu achten ist [104]), oder der Vermächtnißnehmer vor der Erfüllung der beigefügten Bedingung klagt [105]); bei dem electiven Klagenconcurs, wenn der Kläger beide ihm zustehende Klagen zugleich anstellt, und also die Sache doppelt fordert [106]), oder wenn Einer das Ganze fordert, wo ihm nur die Forderung auf einen Theil zukommt [107]); in allen Fällen, wo das bestehende Recht Jemand ein Retentionsrecht an der von dem Kläger verlangten Sache einräumt, ohne Unterschied, ob dieß wegen der auf die Sache verwendeten Unterhaltungs- und Meliorationskosten [108]), oder wegen erlittener Schäden [109]) oder endlich wegen anderer connexer Gegenleistungen zusteht [110]); wegen der Compensationsansprüche gegen actiones stricti iuris [111]); auch wenn der Käufer ohne Vorbehalt gekauft hat, und nun den Verkäufer wegen dieses Fehlers belangen will [111a]), oder wenn Jemand eine Sache in Anspruch nimmt, ohne die darauf haftenden Lasten anerkennen zu wollen [112]); wenn der Usufructuar in die Veräußerung der Sache, an der ihm der Ususfructus zusteht, gewilligt hat, ohne sich ein Recht daran vorzubehalten [113]); wenn der Gläubiger die an einen Fremden geschehene Zahlung nachher genehmigt hat [114]); wenn der Fideicommissar, nachdem er das Fideicommiß bereits ausgeschlagen hat, nachher noch darauf klagt [115]); wenn der Gläubiger daran Schuld war, daß der Schuldner das Geld, womit er ihn bezahlen wollte, verlor [116]), oder wenn er die Zahlung nicht

---

102) L. 4. §. 10. D. 44. 4. L. 17. §. 1 u. 3. D. ibid. L. 19. §. 1. D. de reg. iuris. (50. 17.)

103) L. 8. §. 1. D. 44. 4. L. 3. §. 2. D. de liberatione legata. (34. 3.) L. 26. D. ibid.

104) L. 3. §. 11. D. de adimendis vel transfer. legat. (34. 4.) L. 15. u. L. 22. D. ibid.

105) L. 89. D. de condit. et demonstrat. (35. 1.)

106) L. 3. §. 5. D. nautae, caupones. (4. 9.) L. 28. D. de act. empti. (19. 1.) L. 84. §. 6. D. de legatis I. (30.)

107) L. 13. §. 9. D. de act. empti. (19. 1.) L. 85. D. de legatis I. (30.)

108) L. 4. §. 9. D. 44. 4. L. 5. §. 2. L. 14. D. ibid. Caius, inst. II. §. 76—78. §. 30. J. de rerum divis. (2. 1.) L. 39. §. 1. D. de haereditatis petitione. (5. 3.) L. 50. §. 1. D. ibid. L. 23. §. 1—4. D. de rei vindicatione. (6. 1.) L. 27. §. 5. D. ibid. L. 30. L. 65. pr. D. ibid. L. 11. u. 16. D. de rei vindicatione. (3. 32.)

109) L. 8. D. de tritico, vino, oleo leg. (33. 6.)

110) L. 94. pr. D. de solut. et liberat. (46. 3.) L. un. C. etiam ob chirographariam. (8. 27.)

111) §. 30. J. de actionibus. (4. 6.)

111a) L. 4. §. 5. D. 44. 4.

112) L. 18. D. de servit. (8. 1.) L. 81. §. 3. D. de legatis I. (30.) L. 116. §. 4. D. ibid.

113) L. 4. §. 12. D. 44. 4.

114) L. 12. §. 2. D. ratam rem haberi. (46. 8.)

115) L. 26. C. de fideicommissis. (6. 42.)

116) L. 6. D. 44. 4.

annahm und nachher doch auf das Intereſſe moræ klagt, oder die Sache inmittelſt ohne Hinzuthun des Schuldners untergegangen iſt [117]), oder wenn nach dem Tode des Gläubigers Niemand da war, an welchen man mit Sicherheit zahlen konnte und der Erbe doch Verzugszinſen auf die Zeit fordert [118]); wenn Jemand das Vorkaufsrecht hat und auf die wiederholte Anzeige des Beſitzers der Sache, daß er verkaufen wolle, ſich in einer angemeſſenen Friſt nicht erklärt, nachher aber doch auf die bedungene Conventionalſtrafe klagt [119]); wenn Jemand auf Leiſtung der Eviction klagt, und gleichwohl die vorher nöthige Litisdenunciation unterlaſſen hat [120]); wenn dem Kläger nachgewieſen werden kann, daß er kein Intereſſe an der Anſtellung der Klage habe [121]); wenn an den Pflegebefohlenen Zahlung ohne Vollwort ſeines Vormundes geleiſtet worden iſt, und den auf legale Zahlung klagenden Vormündern nachgewieſen werden kann, daß das Geld in den Nutzen des Pflegebefohlenen verwendet worden [122]); wenn ein Vormund ohne richterliches Decret Grundſtücke ſeines Pflegebefohlenen verkauft oder verpfändet und mit den erhaltenen Geldern einen Gläubiger ſeines Mündels abfindet [123]), oder wenn dieß ein Vormund thut, welcher wegen unterlaſſener satisdatio rem pupilli salvam fore noch kein Verwaltungsrecht an den Gütern ſeines Pflegebefohlenen hatte [124]); wenn ein Mündel ohne Einwilligung ſeines Vormundes Güter verkauft und durch den gelöſten Kaufpreis reicher geworden iſt [125]), oder wenn Jemand den Gläubiger ſeines Gläubigers abfindet und der letztere dieſe Zahlung nicht ratihabiren will [126]); wenn ein Contrahent in der einen Rückſicht mehr, in der anderen weniger leiſtet, als er verſprochen hat, und den Mitcontrahenten zwingen will, daß das Mehr und Minder mit einander compenſirt werde [127]); wenn Jemand von derſelben Perſon die Sache und den Werth derſelben verlangt [128]); endlich gewährt unſere Einrede ein bewährtes Rechtsmittel gegen alle Sophismen, Trugſchlüſſe und Subtilitäten, durch welche entweder das Recht abſichtlich verdreht oder wenigſtens unter gewiſſen zufälligen Verwickelungen der Richter in Verlegenheit geſetzt werden kann [129]). So ſehr nun die Sphäre der Exception nach den römiſch-Juſtinianiſchen Rechtsquellen erweitert ſcheint,

---

117) L. 84. §. 3. D. de legatis I. (30.) L. 73. §. 2. D. de verb. obligat. (45. 1.)

118) L. 9. §. 1. D. de usuris et fructibus. (22. 1.)

119) L. 122. §. 3. D. de verborum oblig. (45. 1.)

120) L. 29. §. 3. D. de leg. III. (32.)

121) L. 2. §. 6. D. 45. 1.

122) L. 4. §. 4. D. 44. 4. L. 16. D. ibid. Caius, inst. II. §. 84. §. 2. J. quibus alienare licet. (2. 8.) L. 4. D. de except. (44. 1.)

123) L. 7. §. 5. L. 13. §. 1. D. de rebus eorum, qui sub tutela. (27. 9.)

124) L. 7. §. 1. D. de curatore furioso. (27. 10.)

125) L. 9. C. de usucapione pro emtore. (7. 26.)

126) L. 6. D. 44. 4.

127) L. 42. D. 19. 1.

128) L. 14. §. 2. D. de condictione furtiva. (13. 1.) L. 77. §. 5. D. de legatis II. (31.) Vgl. L. 57. D. de regulis iuris. (50. 17.)

129) L. 88. pr. u. §. 1. D. ad legem Falcidiam. (35. 2.)

so ist dieselbe doch in Anwendung auf die heutigen Rechtsverhältnisse geschlossen, wie schon aus der Geschichte der Reception der Justinianischen Rechtsquellen in Teutschland hervorgeht. Man muß sich demnach wohl hüten, sich zu dem Irrthume mancher Praktiker verleiten zu lassen, als dürfe man auch im heutigen Rechte dieses Rechtsmittel zur Fortbildung des Rechtes benutzen, wo ein Anschein von natürlicher Billigkeit für eine derartige Ausdehnung zu sprechen scheint. Es könnte dann leicht dahin kommen, daß man, ohne das corpus iuris nachzuschlagen, aus dem eigenen Kopfe ein System entstehen ließe, welches aller gesunden Vernunft Hohn spräche.

Die Einrede ist ihrer Natur nach keine persönliche Einrede, sondern eine exceptio rei cohaerens und kommt demnach regelmäßig den Universalsuccessoren desjenigen, welcher durch den dolus des Klägers in Schaden kommt, zu statten, ingleichen den Bürgen und Mandatoren, und allen, welche ein Interesse daran haben, daß der Hauptschuldner durch den Gebrauch derselben von seiner Forderung frei werde [130]). — Ihrer Form nach ist sie auch nicht auf die Sphäre der exceptio beschränkt, vielmehr kann sie auch als replicatio, triplicatio etc. geltend gemacht werden [131]). Als Replication kommt sie vorzüglich dann vor, wenn ein Erlaßvertrag (pactum de non petendo) wegen des dolus der anderen Partei als unwirksam dargestellt werden soll [132]). — Was den Beweis unserer Exception angeht, so hat ihn offenbar der Beklagte nach den allgemeinen Regeln vom Beweise zu führen. Daß derselbe auch auf den dolus des Klägers sich erstrecken müsse, leuchtet aus dem Gesagten hinreichend hervor, und bestätigt sich auch durch den Grundsatz, daß ein dolus nie vermuthet werde, also bewiesen werden müsse [133]), ein Grundsatz, welcher auf unsere Exception besondere Anwendung leidet. Doch wird dieser Beweis schon durch den Nachweis von Thathandlungen, aus welchen die unredliche Absicht des Klägers gefolgert wird, hergestellt werden können [134]); vorausgesetzt, daß derselbe in einem Alter steht, welchem überhaupt eine solche Absicht zugetraut werden kann [135]), und in einem geistigen Zustande sich befindet, welcher den freien Gebrauch des Verstandes nicht ausschließt [136]), und endlich sich nicht gültiger Weise auf Irrthum oder Unwissenheit berufen kann [137]). Als besondere unsere Exception betreffende Grundsätze sind hier noch zu erwähnen, 1) daß gegen dieselbe eine replicatio doli mali unzulässig ist. Der Grund von dieser in den Justinianischen Rechtsbüchern als geltend aus-

---

130) L. 7. pr. u. §. 1. D. de exceptionibus. (44. 1.)

131) L. 6. C. de except. (8. 36.) L. 3. C. ibid. L. 4. §. 14. D. 44. 4. L. 35. D. 2. 14. L. 7. §. 1. D. de curatore furioso. (27. 10.)

132) L. 2. §. 11. L. 35. D. 2. 14. L. 6. C. 8. 36.

133) L. 18. §. 1. D. de probationibus et praesumtionibus. (22. 3.) L. 6. C. de dolo malo. (2. 21.)

134) L. 1. §. 2. L. 2. §. 4—6. L. 4. §. 15. L. 5. §. 1 u. 2. D. 44. 4. Vgl. L. 41. D. ad legem Falcidiam. (35. 2.) L. 7. pr. D. de administrat. et periculo tut. (26. 7.) L. 8. §. 9. D. mandati vel contra. (17. 1.)

135) L. 4. §. 26. D. 44. 4.

136) L. 4. §. 26. D. 44. 4.

137) L. 177. §. 1. D. 50. 17. L. 2. §. 5. D. 44. 4.

gesprochenen Ansicht [138]) liegt wohl in dem Zwecke der exceptio doli, welcher in den Fällen, wo dolus mit dolus compensirt werden kann, wegfallen würde [139]); wenigstens wird dieser Grund bereits von Labeo geltend gemacht. 2) Daß gegen Personen, denen der Kläger Respect zu bezeugen hat, die doli exceptio nicht zulässig ist, damit ihr guter Name nicht vor den Leuten befleckt werde [140]). Zu dieser Classe von Personen rechnet man die Eltern und Patrone, welchen man nicht allein bei ihrem Leben, sondern auch nach ihrem Tode in dieser Rücksicht Ehrfurcht zu bezeigen hat, und mithin auch ihren Erben aus Handlungen der Verstorbenen die doli mali exceptio nicht entgegenstellen kann. Statt der doli exceptio wird in diesen Fällen eine in factum concipirte Exception gestattet. Auf die Erben des Liberten bezieht sich die Vorschrift nicht, daher diese auch gegen den Patron ihres Erblassers die doli exceptio brauchen können [141]). Auf die rechtlichen Geschäften hinzugefügte doli clausula leidet die Vorschrift ebenfalls nicht Anwendung, da aus derselben nicht die actio doli mali, sondern vielmehr die actio ex stipulatu entspringt [142]).

**Exceptio fori,** auch exceptio fori non competentis heißt bei den neueren Rechtsgelehrten die Einrede, wodurch die vor einem Richter, dessen Gerichtszwange sie nicht unterworfen ist, verklagte Person sich von der Verurtheilung im gegenwärtigen Prozesse befreit. Bei den Römern heißt sie praescriptio fori [1]), auch fori praescriptio [2]), inwiefern praescriptiones alle solche Einwendungen genannt wurden, welche gegen die Klage, der sie entgegenstehen, zerstörliche Wirkung haben, aber vor der Untersuchung der Hauptsache in Erwägung gezogen werden müssen [3]). War der Richter, vor welchen der Beklagte gerufen wurde, incompetent, so mußte sich der letztere zwar jedenfalls vor ihm stellen, damit der Magistrat beurtheilen könne, ob er über ihn die Jurisdiction habe oder nicht [4]). Dieser Grundsatz, welcher zur Zeit, wo noch die in ius vocatio in Gebrauch war, entstanden ist, wurde auch späterhin, als die Prozesse durch die richterliche Ladung eingeleitet wurden, beibehalten. Nun erst stand es dem Beklagten frei, seine Exception anzubringen, und die ihm in Betreff des Gerichtsstandes zustehenden Privilegien, wie z. B. das den Legaten

---

138) L. 4. §. 13. D. 44. 4. L. 154. pr. D. 50. 17.

139) L. 4. §. 13. D. 44. 4., vergl. mit L. 1. §. 1. L. 11. §. 1. D. ibidem.

140) L. 4. §. 16. D. 44. 4. L. 7. §. 2. D. 38. 15. Vgl. L. 11. §. 1. D. de dolo malo. (4. 3.)

141) L. 4. §. 16. D. 44. 4.

142) L. 4. §. 16. D. 44. 4.

1) L. 13. C. de exceptionibus. (8. 36.)

2) L. 29. C. de pactis. (2. 3.) L. 7. C. de iurisd. omn. iud. (3. 13.) Mit dem Namen praescriptio allein wird sie bezeichnet in L. 50. §. 1 u. 2. L. 52. §. 3 u. 4. D. de iudiciis. (5. 1.)

3) Vergl. Zimmern, der römische Civilprozeß, §. 97, S. 304.

4) L. 2. pr. D. si quis in ius vocatus. (2. 5.) L. 5. D. de iudiciis (5. 1.)

zustehende privilegium revocandi domum geltend zu machen [5]). Daß die fori praescriptio ausdrücklich, und zwar im Anfange des Prozesses vorgeschützt werden muß, wenn sie im gegenwärtigen Prozesse irgend berücksichtigt werden soll, ist schon altes Recht und durch kaiserliche Constitutionen nur bestätigt worden [6]). Als den Zeitpunkt, wo diese Vorschützung geschehen mußte, bezeichnen die späteren kaiserlichen Constitutionen die Zeit vor der litis contestatio, daher nach derselben eine Aenderung des Gerichtes nicht mehr möglich ist [7]). Und daß dieß auch zur Zeit der classischen Juristen Rechtens gewesen, ergibt sich aus der Natur der Litiscontestation des älteren Rechtes von selbst. Damit hängt es jedenfalls zusammen, wenn die Competenz des Richters allein nach dem Zeitpunkte der in ius vocatio, nicht nach der Folgezeit beurtheilt wird, so daß, wenn sich das Forum des Beklagten auch später ändert, auf diese Aenderung keine Rücksicht genommen werden soll [8]); wenn ferner im classischen Pandektenrechte der Grundsatz feststeht, daß, wo die Litiscontestation erfolgt ist, auch der Prozeß zu Ende geführt werden müsse [9]), was auch auf die Execution ausgedehnt wird [10]), und wenn endlich aus der vor dem incompetenten Richter vorgenommenen Litiscontestation gefolgert wird, daß der Beklagte seiner exceptio fori völlig entsagt habe [11]).

Daß der Beklagte den Beweis der Einrede zu führen habe, versteht sich nach den allgemeinen Prozeßregeln von selbst. Die Entscheidung der Frage, ob sie gegründet sei oder nicht, gehört vor den Richter, vor welchem der Beklagte die Einrede vorschützt [12]); denn die Frage über die Zuständigkeit des Gerichtes wird nicht als propria causa des Richters angesehen. Verfährt der Richter, dessen Competenz angefochten wird, ohne sich auf die Einrede einzulassen, in dem Prozesse, gleich als wäre er competent, so tritt, wenn sich später seine Incompetenz herausstellt, eine unheilbare Nichtigkeit aller von ihm vorgenommenen Prozeßhandlungen ein [13]), so daß es zur Umstoßung des von ihm gefällten Urtheiles nicht nur nicht der Appellation bedarf, sondern auch eine exceptio rei iudicatae daraus nicht entstehen kann. — Daß man der Exception beliebig entsagen könne, ist im späteren römischen Rechte ausdrücklich anerkannt [14]), wenn schon früherhin daran gezweifelt wurde. Auch kommt die Einrede in Wegfall, wenn die Parteien einem incompetenten Richter durch besonderen Vertrag

---

5) L. 2. §. 4—7. D. 5. 1. L. 5. D. ibid.
6) L. 13. C. 8. 36.
7) L. 4. C. 3. 13. Nov. 53. c. 3. pr.
8) L. 7. D. 5. 1. L. 19. pr. D. de iurisdict. (2. 1.) L. 4. §. 1. C. de in ius vocando. (2. 2.)
9) L. 30. D. 5. 1.
10) L. 1. D. de rebus auctoritate iud. (42. 5.) L. 19. §. 1. D. 5. 1. L. 19. pr. D. 2. 1.
11) L. 4. C. 3. 13. Nov. 53. c. 3. Aus der editio actionis kann dieß nicht gefolgert werden. L. 33. D. 5. 1.
12) L. 2. pr. D. 2. 5. L. 5. D. 5. 1.
13) L. 20. D. 2. 1. L. 1. 2. 4. C. si non comp. iud. (7. 48.)
14) L. 29. C. de pactis. (2. 3.)

sich unterworfen [15]), vorausgesetzt, daß dieser überhaupt Jurisdiction habe [16]) und sich mit der Sache befassen wolle [17]), und die Parteien davon unterrichtet sind, daß er incompetent sei [18]); ein Fall, welchen man in der Kunstsprache der heutigen Rechtsgelehrten mit dem Namen der freiwilligen Prorogation zu bezeichnen pflegt [19]). Daß endlich bei der Litisdenunciation der Denunciat an das Forum seines Denuncianten gebunden ist, und in dieser Beziehung nicht die exceptio fori brauchen kann [20]), ist nicht sowohl als eine Abweichung von der Regel zu betrachten, sondern ergibt sich aus der prozessualischen Stellung des Intervenienten zum wahren Beklagten, da er entweder als simpler Beistand, oder als dessen Procurator im gegenwärtigen Prozesse aufzutreten berechtigt ist. — Streitig ist es, ob die vorliegende Einrede den dilatorischen oder peremtorischen Einreden zuzuzählen sei. Daß sie in den römischen Rechtsquellen nach Analogie der dilatorischen, welche bekanntlich stets am Anfang des Prozesses vorgebracht werden müssen, behandelt wird, ergibt sich aus dem oben Gesagten; allein damit ist noch nicht gesagt, daß sie eine wahre Exception im Sinne des römischen Rechtes sei, da sie auch nirgends exceptio, immer nur praescriptio genannt wird.

Die Grundsätze des gemeinen Rechtes sind auch heutzutage giltig, und finden theilweise in den teutschen Reichsgesetzen [21]) volle Bestätigung. Die heutige Doctrin hat auch nichts daran geändert; doch muß schon von Amtswegen die Zurückweisung des angebrachten Klaglibells erfolgen, wenn der Gegenstand derselben eine privilegirte Sache ist, in Ansehung welcher der angerufene Richter gar keine Jurisdiction hat, weil hier auch durch der Partein Zustimmung eine Prorogation nicht möglich ist [22]).

**Exceptio iurisiurandi** [1]) heißt in der Kunstsprache der römischen Rechtsgelehrten die peremtorische Einrede, mit welcher derjenige,

---

15) L. 1. u. 2. pr. §. 1 u. 2. D. 5. 1. L. 74. §. 1. D. ibid. L. 15. D. 2. 1. L. 28. D. ad munic. (50. 1.) L. 1. C. 3. 13.

16) L. 3. C. 3. 13. Vgl. L. 1. D. 5. 1. L. 74. §. 1. D. ibid.

17) Eigentlicher Consens des Magistrates wird nicht verlangt, daher auch schon der Magistrat, welcher sich irrthümlicher Weise für competent hielt, das Urtheil sprechen kann. L. 2. §. 1. D. 5. 1.

18) L. 15. D. 2. 1. L. 2. pr. D. 5. 1.

19) Vgl. Bach, de prorogatione iurisdictionis, in opusculis p. 406 sq. Stockmann, de iurisdictione prorogata. Lipsiae 1777, 8. Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses, S. 10—12.

20) L. 49. pr. D. 5. 1. L. 1. C. 3. 19.

21) J. R. A. §. 40 u. 122.

22) Vgl. Bayer, Vorträge über den gem. Civilprozeß (2. Ausg.), S. 95.

1) Literatur: Malblanc, de iureiurando. Norimbergae 1781. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 12, S. 178—398. Von älteren exegetischen Schriften verdienen hier besonders folgende Erwähnung: Guil. Barclaius, comm. ad tit. Pandectarum de iureiurando, in Ottonis thes. iuris Rom. tom. III. p. 910 sq., und Janus a Costa, praelectiones ad illustriores quosdam titulos locaque selecta iuris civilis, p. 144 sq. Die in diese Lehre einschlagenden Verordnungen des Kirchenrechtes sind sehr gut erläutert von Böhmer, ius ecclesiasticum Protestantium, lib. II. tit. XXIV. tom. I. p. 1264—1326.

welcher einen ihm vom Gegner deferirten rechtmäßigen Eid über einen Streitgegenstand abgeleistet hat, oder was dem gleich steht, die Abweisung der Klage erzwingt, wenn der Deferent diesen Gegenstand von ihm späterhin einklagt [2]). Diese Exception gründet sich auf eine Stelle des prätorischen Edictes, worin der Magistrat erklärte, daß er über Gegenstände, über welche ein Eid rechtsgiltiger Weise angetragen worden, weder gegen den Delaten noch gegen den, an welchen die Sache komme, eine Klage gestatten werde [3]). Die Exception bezieht sich ebensowohl auf den gerichtlich [4]) als außergerichtlich angetragenen Eid, wenn schon manche Rechtsgelehrte sie nur auf den zuletzt genannten Fall beschränken [5]); gründet sich auf die juristische Annahme der Unmöglichkeit eines Meineides [6]), ein Grundsatz, welcher zwar noch nicht zu Labeo's Zeiten feststand, da dieser bei dem Beweise des Meineides die doli actio noch zuließ [7]), wohl aber zu den Zeiten Julian's bereits feststand, da dieser gegen die exceptio iurisiurandi die doli replicatio verweigerte [8]), und auch durch eine oratio des Kaisers Marcus Aurelius ausdrücklich anerkannt worden ist [9]); steht auch dann zu, wenn der Kläger die Wahrheit seines abgeschworenen Rechtes durch andere Beweismittel auf das Bündigste darthun kann [10]); ist eine exceptio rei cohaerens [11]), und kommt daher nicht allein den Erben, sondern auch den Intercessoren [12]) zu statten, ja selbst den Correalschuldnern für dieselbe Obligation [13]), und, wenn der Eid über ein dingliches Recht abgelegt worden ist, selbst denjenigen, welche durch Singularsuccession die Sache, an welcher das abgeschworene Recht zustand, von dem Schwörenden erwerben [14]) (einerlei, ob

---

2) §. 11. J. de actionibus (4. 6.), vergl. mit §. 4. J. de exceptionibus. (4. 13.) L. 7. D. de iureiurando. (12. 2.) L. 1. §. 1 u. 2. D. quarum rerum actio non datur. (44. 5.)

3) L. 7. D. 12. 2. L. 9. pr. D. ibid.

4) Dieß folgt theils aus der Vergleichung der aus dem abgeleisteten Eide entstehenden actio, welche ein gleiches Fundament mit der exceptio hat (L. 9. §. 1. D. 12. 2.), und wird durch L. 9. pr. L. 28. §. 4. L. 40. D. 12. 2. §. 4. J. 4. 13., und besonders durch die allgemein sprechende L. 7. D. 12. 2. auffallend bestätigt.

5) So Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 12, S. 244.

6) Iniquum est de periurio quaeri. L. 1. C. de rebus creditis. (4. 1.) L. 56. D. de re iudicata. (42. 1.) L. 15. D. de exceptionibus. (44. 1.) §. 4. J. 4. 13. ibique Theoph. ed. Reitz tom. II. p. 878. L. 31. u. 40. D. 12. 2. L. 15. D. de exceptionibus. (44. 1.) L. 21. D. de dolo malo. (4. 3.) L. 22. D. ibid. Nur wenn Jemand wegen eines ihm vorgeblich hinterlassenen Legates oder Fideicommisses den ihm vom Erben angetragenen Eid geschworen hat, kann dieser Eid bei späterer Auffindung des Testamentes aus diesem angefochten werden. Vgl. L. 13. C. 4. 1.

7) L. 21. D. 4. 3.

8) L. 15. D. 44. 1.

9) L. 56. D. 42. 1.

10) §. 4. J. 4. 13. ibique Theoph. l. c. tom. II. p. 878. L. 28. §. 4. D. 12. 2.

11) L. 7. §. 1. D. 44. 1.

12) L. 7. §. 1. D. 44. 1. L. 28. §. 1. D. 12. 2. L. 40. D. 12. 2.

13) L. 28. §. 3. D. 12. 2.

14) L. 8. D. 12. 2.

dieß von Todeswegen, wie bei dem Legatar, oder unter den Lebenden, wie bei dem Käufer und dem Donatar, eintritt)[15]). Die Wirkung des Eides ist die, daß die alte civile Action indirecter Weise consumirt wird[16]), so daß nicht einmal eine Naturalobligation zurückbleibt[17]); daß Naturalobligationen ipso iure dadurch aufgehoben werden[18]), und daß ein neues auf den Eid gegründetes Verhältniß erzeugt wird[19]), welches ganz nach Analogie des Judicats beurtheilt[20]), und negativ durch die Einrede, affirmativ durch die in factum actio nach Analogie der iudicati actio geltend gemacht wird[21]), wenigstens in den Fällen, wo nicht die alte Klage als utilis actio wiedergegeben werden kann[22]).

Die Voraussetzungen, unter welchen der Eid zur Vorschützung der Exception berechtigt, sind folgende. 1) Die Parteien, unter welchen der Eid über eine Streitsache abgeleistet worden ist, müssen identisch sein mit denjenigen Personen, welche im Prozesse, für welchen die Exception verlangt wird, einander gegenüber treten[23]). Man beurtheilt diese Identität nach den Grundsätzen, welche von der Wirksamkeit eines Vertrages gelten, da jede Delation eines Eides auf Vertrag beruht[24]), wenn schon manche neuere Rechtsgelehrten hier die Analogie der Litiscontestation und des Urtheiles zu Hilfe nehmen. 2) Der Gegenstand des vorliegenden Prozesses muß identisch sein mit demjenigen, über welchen bereits früherhin unter denselben Personen ein Eid abgelegt worden[25]). Diese Identität ist nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen, welche bei der pacti exceptio in Frage kommen. Gleichgiltig ist es, ob die Frage, welche den Gegenstand des neuen Prozesses bildet, bereits in derselben Klagform, oder in einer anderen früherhin geltend gemacht worden ist[26]). 3) Der Eid muß von dem, welcher als Prozeßgegner jetzt auftritt, ausdrücklich verlangt (deferirt) worden sein[27]). Dieß Erforderniß war in den Worten des prätorischen Edictes begründet[28]), und man nahm an, daß

---

15) L. 8. D. 12. 2.

16) L. 30. §. 3. D. 12. 2. L. 28. §. 4, 6—9. D. ibid. L. 30. §. 4. u. L. 31. D. ibid.

17) L. 40. D. 12. 2. L. 43. D. de cond. indebiti (12. 6.), vergl. mit §. 4. J. 4. 13.

18) L. 95. §. 4. D. de solutionibus et liberat. (46. 3.) L. 42. pr. D. 12. 2.

19) L. 26. §. 2. D. 12. 2. L. 27. D. ibid. L. 35. §. 1. D. ibid.

20) L. 1. pr. D. 44. 5. L. 26. §. 2. D. ibid. L. 35. §. 1. D. ibid.

21) L. 8. C. 4. 1. L. 9. §. 1. D. 12. 2. L. 11. §. 1. D. 12. 2.

22) L. 11. §. 3. D. 12. 2. L. 13. §. 5. L. 30. §. 2. D. ibid. §. 11. J. 4. 6. Vgl. indeß L. 30. pr. D. 12. 2.

23) L. 7. §. 7. D. de Publiciana in rem actione. (6. 2.) L. 9. §. 7. D. 12. 2. L. 10. u. 11. pr. D. ibid., vergl. mit L. 7. u. L. 8. D. ibid.

24) L. 26. §. 2. D. 12. 2. L. 2. D. ibid. Daher die Einrede in L. 25. D. 12. 2. geradezu pacti exceptio genannt wird.

25) L. 28. §. 2, 4—8. D. 12. 2.

26) L. 28. §. 4. D. 12. 2.

27) §. 4. J. 4. 13. §. 11. J. 4. 6. L. 3. pr. D. 12. 2. L. 7. D. ibidem.

28) L. 3. pr. L. 7. D. 12. 2.

ein nach vorgängiger Delation abgeleisteter Eid schon deßhalb vom Prätor geschützt werden müsse, weil der Gegner durch den Antrag den Schwörenden gewissermaßen als Richter in eigner Sache ausdrücklich anerkannt habe [29]). Sich selbst ohne vorgängige Delation etwas zuzuschwören, galt für ein bequemes Auskunftsmittel, um sich gerechten Klaganssprüchen zu entziehen [30]). 4) Die Delation des Eides muß von dem vorgenommen worden sein, welcher über den Streitgegenstand zu disponiren befugt ist [31]). Pupillen bedürfen zur Delation der Auctorität ihres Vormundes [32]); erklärte Verschwender können einen Eid gar nicht antragen [33]). Procuratoren können in Sachen ihrer Vollmachtgeber den Eid nur insofern giltig antragen, als sie entweder zur Verwaltung aller Güter und Geschäfte bestellt sind, oder zur Eideszuschiebung Specialvollmacht erhalten haben, oder der ihnen ertheilte Auftrag ein mandatum in rem suam ist [34]). Vormünder können ihn in Sachen ihrer Pflegebefohlenen nur insofern antragen, als ihnen ein Veräußerungsrecht an den Gütern derselben zusteht [35]). Insofern also bei Veräußerungen eine gerichtliche Untersuchung und obrigkeitliche Einwilligung erforderlich ist, ist solche auch zur Eidesdelation nothwendig. 5) Der Antrag des Eides muß auf eine zu Recht beständige Weise geschehen. Man beurtheilte dieß ganz nach dem Willen des Deferenten; denn es galt hier die absolute Regel, der Eid müsse, wenn er als Eid gelten solle, ganz nach der von jenem vorgeschlagenen Formel geschworen worden sein [36]). Einerlei ist es dabei, ob der Eid unter Anrufung der Gottheit [37]) abgelegt wird, oder bei einem anderen dem Schwörenden theueren Gegenstande, z. B. per genium principis [38]), per salutem Caesarum [39]), per caput imperatoris [40]), per salutem suam [41]), per salutem liberorum etc. Das Interesse des Deferenten an dem Gegenstande, bei welchem geschworen wird, bleibt unberücksichtigt [42]). Das Kirchenrecht hat auch keine bestimmte Formel für den Eid vorgeschrieben; die teutschen Reichsgesetze begünstigen besonders die Formeln: zu Gott und den Heiligen, zu Gott und auf das heilige Evangelium, und so wahr mir Gott helfe und sein heiliges Wort [43]). Allein damit ist noch keineswegs gesagt,

---

29) L. 1. pr. D. 44. 5.
30) L. 3. pr. D. 12. 2.
31) L. 35. §. 1. D. 12. 2.
32) L. 17. §. 1. D. 12. 2. L. 1. pr. D. 44. 5.
33) L. 35. §. 1. D. 12. 2.
34) L. 17. §. 3. D. 12. 2. L. 18. D. ibid. Cap. 4. in VI. de procuratoribus. (1. 19.)
35) L. 17. §. 2. D. 12. 2.
36) L. 5. pr. D. 12. 2. L. 13. §. 6. L. 33. D. ibid.
37) L. 41. C. de transact. (2. 5.)
38) L. 13. §. 6. D. 12. 2. Tertull. apol. 32.
39) Tertull. apol. 32.
40) Zosimus hist. V. 49. u. 51.
41) L. 5. pr. L. 33. D. 12. 2.
42) L. 5. §. 1. D. 12. 2.
43) Passauer Vertrag von 1552, §. und soll auch. Reichsabschied v. 1555 §. 106.

daß durch diese Empfehlung bestimmter Formeln das ältere Recht ganz aufgehoben worden sei. Die Mennoniten schwören immer nur bei Mannenwahrheit [44]). 6) Der Gegenstand, über welchen der Eid angetragen wird, muß überhaupt den Eid nicht ausschließen. In der Regel ist der Eid bei allen Geschäften und Klagen für zulässig zu achten, selbst bei solchen Thatsachen, welche entweder als Delict anerkannt sind, oder aber ein famosum iudicium begründen [45]). Ausgeschlossen ist der Eid nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes nur bei Bestärkung solcher Handlungen, welche geradezu gegen die Verfügung eines Gesetzes verstoßen [46]), oder in fraudem legis vorgenommen werden, und es kann nur als Ausnahme gelten, wenn von Minderjährigen, welche die Pubertät erreicht haben, beschworene Contracte nach der Authentica sacramenta puberum aufrecht erhalten werden [47]). Viel weiter geht das Kirchenrecht, welches die Regel aufstellt, daß alle Eide gehalten werden sollen, so weit sich ihre Erfüllung mit dem Seelenheil des Schwörenden für das künftige Leben verträgt, und dritten Personen nicht zum Schaden gereicht [48]), und gleichwohl in einzelnen Fällen beschworene Zusagen von Handlungen, welche durch die Kirchengesetze verboten sind, für ungiltig erklärt [49]). Dadurch wird wenigstens so viel gewiß, daß Geschäfte, zu deren juristischem Bestehen gewisse Förmlichkeiten verlangt wurden, bei dem Hinzutritt des Eides auch dann den Schwörenden binden, wenn diese Solennitäten im concreten Falle fehlen [50]), und daß man namentlich des Rechtes, gewisse Geschäfte, die zum eignen Nachtheile gereichen, umzustoßen, verlustig wird, wenn dieselben von dem, welcher sie umzustoßen berechtigt war, beschworen worden sind [51]). Streitig ist es, ob die bindende Kraft des Eides auch auf die Erben des Schwörenden übergehe oder nicht. Allerdings hat das Kirchenrecht nichts darüber entschieden, allein für den Uebergang auf die Erben läßt sich die Analogie des gemeinen Rechtes anführen, wenn schon die Anklage des Meineides für diese nicht zu befürchten steht [52]). 7) Die Zu-

---

44) Reichsvisitationsschluß von 1768, in Balemann's Sammlung der Visitationsschlüsse, S. 86.

45) Paulli sent. recept. II. 1. 1. L. 3. §. 1. D. 12. 2. L. 34. pr. D. ibid. L. 25. §. 3. D. de probationibus. (22. 3.) L. 5. §. 8. D. de iniuriis. (47. 10.) L. 13. §. 2. D. 12. 2. L. 6. §. 4. D. de his, qui notantur infamia. (3. 2.) L. 9. §. 2. L. 28. §. 6. D. 12. 2. L. 11. §. 2. D. de actione rerum amotarum. (25. 2.)

46) L. 5. §. 1. C. de legibus et constitutionibus. (1. 14.) L. 7. §. 16. D. de pactis. (2. 14.)

47) Authent. Frid. ad L. 1. C. si adversus venditionem. (2. 28.)

48) Cap. 28. X. de iureiurando. (2. 24.) Cap. 2. in VI. de pactis. (2. 18.)

49) Cap. 18. X. de testibus. (2. 20.) Cap. 4. X. de testibus non cogendis. (2. 21.) Cap. 7. X. de pignoribus. (3. 21.) Cap. 1. X. de iureiurando. (2. 24.) Cap. 20. X. ibidem. Etwas verschiedener Ansicht ist Alexander III. in cap. 6. X. 2. 24.

50) Vergl. Boehmer, ius ecclesiasticum Protestantium, II. 24. §. 28—32. tom. I. p. 1283.

51) Cap. 2. in VI. de pactis. (1. 18.) Cap. 28. X. de iureiur. (2. 24.) Vgl. cap. 9. X. de arbitris. (1. 43.)

52) Vergl. Böhmer l. c. §. 38. tom. I. p. 1289 sq.

schiebung des Eides muß an den erfolgt sein, welcher im Stande ist, die Wichtigkeit des Eides zu beurtheilen. Daher kann die Delation nicht mit Wirkung geschehen an Unmündige[53]), wenn schon dieselben nach röm. Rechte einen Eid abzuleisten vermögen[54]). Nach dem Kirchenrechte können sie aber auch nicht einmal dieß, da es das Alter von vierzehn Jahren als den Zeitpunkt der Eidesmündigkeit festsetzt[55]); nach der teutschrechtlichen Praxis bleibt der den Unmündigen deferirte Eid bis zu ihrer Eidesmündigkeit ausgesetzt. 8) Die Willensbestimmung des Schwörenden muß frei sein, daher Zwang, Irrthum und Argliſt die Wirkung jedes Eides vernichten[56]). Zwar läßt das katholische Kirchenrecht auch im Fall der Gewalt die aus dem Eide hervorgehende Verbindlichkeit ipso iure fortbestehen, so daß es einer Relaxation von Seiten des geistlichen Richters bedarf[57]); allein bei den Protestanten ist diese Entbindung des Gewissens nicht mehr von nöthen, da jene Bestimmung nur die Erweiterung der geistlichen Gewalt und Gerichtsbarkeit bezweckte[58]). Dabei versteht es sich von selbst, daß diese Ungiltigkeit erst auf dem Wege der gerichtlichen Untersuchung ausgesprochen werden kann, und daß, falls diese eröffnet wird, der, welcher den Eid geleistet hat, auch den Beweis des Mangels der freien Einwilligung zu führen habe. 9) Der Schwörende muß nicht durch ein specielles Gesetz die Fähigkeit einen Eid abzulegen verloren haben. Die von Betrunkenen und des Meineides Ueberwiesenen abgelegten Eide sind für ungiltig zu erachten, wenigstens nach den Vorschriften des Kirchenrechtes[59]). 10) Der Eid muß ganz so, wie der Deferent es verlangt hat, entweder abgelegt werden[60]), oder der Delat sich zur Ableistung bereit erklärt haben, der Deferent aber ihn erlassen haben[61]). Diesen Erlaß bezeichnen die römischen Rechtsquellen mit dem Ausdrucke remittere iusiurandum, gratiam iurisiurandi facere, und binden ihn an dieselben Bedingungen, wie die Delation[62]). — Eigenthümlichkeiten des gerichtlich angetragenen Eides sind 1) daß der Delat den Eid an den Deferenten zurückgeben kann (iusiurandum referre), was bei dem außergerichtlichen nicht möglich ist[63]); für bescheidener gilt, als wenn der Delat den ihm angetragenen Eid selbst

---

53) L. 34. §. 2. D. 12. 2.
54) L. 26. pr. L. 42. pr. D. 12. 2.
55) Can. 14—16. causa XXII. qu. 5.
56) Cap. 28. X. 2. 24. Cap. 2. in VI. 2. 18. Authentica Frid. sacramenta puberum ad L. 1. C. si adversus venditionem. (2. 28.)
57) Cap. 1, 2, 8 u. 15. X. 2. 24. Vgl. Böhmer l. c. §. 51 u. 52. tom. I. p. 1296, 1297.
58) Vergl. Malblanc, de iureiurando, §. 121 u. 123. Hommel, Rhapsod. quaest. for. vol. V. obs. 699. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 12, S. 209.
59) Can. 14. u. 16. causa XXII. qu. 5.
60) L. 3. §. 4. L. 5. pr. D. 12. 2. Can. 9. causa XXII. qu. 5.
61) L. 6. L. 9. §. 1. D. 12. 2. L. 5. §. 4. L. 32. u. 41. D. ibid.
62) L. 32. D. 12. 2.
63) L. 17. pr. D. 12. 2.

ableiſtet[64]); in der Regel bei allen angetragenen Eiden erlaubt iſt[65]), außer wenn der Eid über ein vom Delaten begangenes furtum, oder amotio rerum[66]), oder ſonſt über den Grund eines famosum iudicium[67]) angetragen worden; im Ganzen nach denſelben Regeln zu beurtheilen iſt, wie die Eidesdelation ſelbſt[68]), und dem Deferenten die Nothwendigkeit auferlegt denſelben abzuleiſten, wofern ihm dieſe Ableiſtung nach der Acceptation nicht ausdrücklich vom Gegner erlaſſen wird[69]). Weigert ſich der Deferent den ihm referirten Eid zu leiſten, ſo gilt er natürlich der Hauptſache nach für geſtändig[70]), und das umgekehrte Geſtändniß liegt vor, wenn ſich der Delat weigert den ihm deferirten Eid zu ſchwören oder die Relation deſſelben vorzunehmen[71]). 2) Daß der Deferent, wenn es der Delat verlangt, vor der Ableiſtung des angetragenen Eides den Eid vor Gefährde (iusiurandum calumniae) zu leiſten hat[72]). Geſchieht dieß nicht, ſo gilt der Haupteid für erlaſſen[73]). Streitig iſt es, ob dem Patrone und den Eltern dieſer Eid vor Gefährde erlaſſen wird[74]). Bei dem referirten Eide hat der Referent nie den Gefährdeeid zu ſchwören[74a]). 3) Daß der Grundſatz des prätoriſchen Edictes aut solvere aut iurare cogam in aller Strenge eintritt[75]), und ſomit eine Art von Zwang zum Eide zuläßt, welcher Zwang freilich nicht weiter gehen kann, als der zur Litiscontestation[76]). Doch fällt dieſer Zwang bei den Procuratoren und Defenſoren von ſelbſt weg[77]), ferner findet er bei Eiden nicht ſtatt, welche über fremde Handlungen abgelegt werden ſollen[78]), endlich waren im älteren Rechte Zwangsmittel gegen gewiſſe Prieſterclaſſen, nämlich den flamen Dialis und die veſtaliſchen Jungfrauen nicht zuläſſig, wovon indeß im Juſtinianiſchen Rechte keine Spur mehr vorhanden iſt[79]). 4) Daß der einmal angetragene und noch nicht abgelegte

---

64) L. 25. §. 1. D. de pecunia constituta. (13. 5.)
65) L. 34. §. 7. L. 38. D. 12. 2. L. 25. §. 1. D. 13. 5. L. 8. u. 9. C. 4. 1.
66) L. 11. §. 3. L. 12. u. 13. D. de actione rerum amotarum. (25. 2.)
67) Cap. 36. pr. X. de iureiurando. (2. 24.)
68) L. 25. §. 1. D. 13. 5.
69) L. 8. C. 4. 1.
70) L. 34. §. 7 u. 9. D. 12. 2. L. 12. §. 1. C. 4. 1.
71) L. 38. D. 12. 2.
72) L. 37. D. 12. 2. L. 34. §. 4. D. ibid. L. 11. §. 1. D. de actione rerum amotarum. (25. 2.) L. 9. C. 4. 1. L. 32. C. de fideicommissis. (6. 42.)
73) L. 37. D. 12. 2.
74) Nach der gewöhnlichen Leſeart in L. 34. §. 4. D. 12. 2. wird der Eid den Patronen und Eltern nicht erlaſſen; wohl aber den erſteren nach L. 16. D. ibid. Vgl. Cuiacii obs. IX. 37.
74a) L. 34. §. 7. D. 12. 2.
75) L. 34. §. 6. D. 12. 2. L. 9. C. 4. 1.
76) L. 28. §. 2. D. de iudiciis. (5. 1.) L. 34. §. 3. D. 12. 2. L. 11. §. 1 u. 2. D. 25. 2.
77) L. 34. §. 3. D. 12. 2. Schwören die Stellvertreter, ſo kommt ihr Eid den Parteien, welche ſie vertreten, zu ſtatten. L. 9. §. 6. D. 12. 2. L. 42. §. 2. D. ibid.
78) L. 11. §. 2. D. 25. 2.
79) Gell. N. A. 10. 15.

Eid bis zur Fällung und Rechtskraft des Endurtheiles vom Kläger zurückgenommen und durch andere Beweismittel ersetzt werden kann [80]). Ist der einmal angetragene Eid vom Deferenten zurückgenommen, so steht ihm später kein Regreß zu diesem Beweismittel zu [81]).

**Exceptio iusti dominii** [1]) heißt in der Kunstsprache der römischen Juristen [2]) die dem Besitzer einer Sache, welche ihm mit der Publiciana in rem actio abgefordert wird, zustehende Einrede, welche sich auf das dem Beklagten zustehende Eigenthumsrecht an der Sache stützt, und, da der Zweck der publicianischen Klage nicht der ist, dieselbe dem Eigenthümer zu entziehen [3]), die Abweisung des Klägers zur Folge hat. Die Formel, in welcher sie concipirt wird, ist: si ea res possessoris non sit [4]), eine Fassung, welche sich aus der negativen Fassung aller Exceptionen leicht erklärt. Die Einrede ist eine peremtorische, und bedarf von Seiten des Beklagten des Beweises. Daß sie manchmal durch Replicationen entkräftet werden kann, ist gewiß, z. B. durch die replicatio rei iudicatae, wenn Jemand eine Sache vom Nichteigenthümer gekauft hat, sodann in der vom wahren Eigenthümer gegen ihn angestellten Eigenthumsklage freigesprochen worden ist, später den Besitz verloren hat, und nun die Publicianische Klage gegen den Eigenthümer braucht [5]). Dasselbe gilt auch dann, wenn der Kläger dem Eigenthümer den Werth der Sache bezahlt hat, die durch seine Schuld verloren ging, und sie nachher wieder in die Hände bekommt [6]); wenn der Bevollmächtigte des Eigenthümers die Sache, welche der Kläger von demselben der Vollmacht gemäß gekauft hat, der vom Gewaltgeber erhaltenen unrechtmäßigen Gegenordre ungeachtet dem Kläger tradirt und dieser nach dem Verlust des Besitzes die publicianische Klage gegen den die Sache besitzenden Eigenthümer anstellt [7]), oder endlich wenn der Kläger die Sache von einem Nichteigenthümer ex causa noxali erhielt, und diese nachher zufällig in des Eigenthümers Hände wieder gerathen ist [8]).

**Exceptio litigiosi** [1]) heißt in der Kunstsprache der neueren Juristen die Einrede, welche dann entgegensteht, wenn Jemand an einer

---

80) L. 11. C. 4. 1.

81) L. 11. C. 4. 1.

1) Literatur: Schorch, diss. de actione Publiciana adversus ipsum dominum competente. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 8, S. 358, 364–367.

2) L. 16. D. de Publiciana in rem actione. (6. 2.)

3) L. 17. D. ibid.

4) L. 17. D. ibid. Die Fassung si dominus eius sit in L. 28. D. de noxalibus actionibus. (9. 4.) ist nur umschreibend.

5) L. 24. D. de exceptione rei iudicatae. (44. 2.)

6) L. 63. D. de rei vindicatione. (6. 1.) Vergl. Cuiacii obs. X. 6. Man nimmt zur Rechtfertigung dieser Ansicht die Idee eines Kaufes zu Hilfe. Vgl. L. 1. u. 3. D. pro emptore. (41. 4.)

7) L. 14. D. 6. 2.

8) L. 28. D. de noxalibus actionibus. (9. 4.) Hier hilft die replicatio doli mali aus.

1) Literatur: Spangenberg, im Archiv für civilistische Praxis,

Sache, über welche bereits eine Litiscontestation eingegangen worden ist, aus einem später abgeschlossenen Kauf- oder Pfand-, Schenkungs- oder sonstigen Veräußerungsvertrage auf dem Wege der Klage Rechte geltend macht. Die römischen Juristen bezeichnen sie einfach mit dem Namen exceptio, ohne den Zusatz [2]). Die älteste Vorschrift, welche die Veräußerung der litigiosae res betrifft, ist die des Zwölftafelgesetzes, nach welchem Jeder, welcher eine solche Sache zur res sacra macht (in sacrum dedicare), mit dem Ersatz des doppelten Werthes bestraft wird [3]), damit es dem Prozeßgegner nicht erlaubt sei, die Stellung des Gegners beschwerlicher zu machen, als sie vorher gewesen. Cajus, welcher diese Vorschrift referirt, entscheidet die Frage, ob dieses Duplum dem Fiscus oder dem Prozeßgegner zufallen solle, vom Standpunkte der classischen Juristen aus, zu Gunsten des letzteren. Diese Vorschrift wurde späterhin erweitert, ohne deßhalb an ihrer praktischen Bedeutung zu verlieren. Die eine dieser Erweiterungen ist die, daß eine in factum actio auf das Interesse gegen den stattfinden sollte, welcher eine Sache, in Rücksicht deren ein Prozeß bevorstand, in der Absicht arglistig veräußert hat, um dem Kläger einen beschwerlicheren Gegner zuzuziehen, was auf einer Stelle des Provinzialedictes beruhte [4]); und als eine weitere Ergänzung dieses Edictes muß es gelten, wenn durch ein SC. unter Hadrian für die Erbschaftsklage der Grundsatz festgestellt wurde, daß Jeder, welcher dolo malo den Besitz aufgegeben hat, um sich der Klage zu entziehen, nach wie vor als Besitzer der Sache behandelt werden solle, also auch condemnirt werden könne [5]), was durch doctrinelle Auslegung auch auf die Eigenthumsklage ausgedehnt worden ist [6]). — Weit interessanter für unsere Exception sind die Beschränkungen, welchen später jede Veräußerung litigiöser Sachen unterworfen wurde; wahrscheinlich Folgen des Grundsatzes, daß jeder Besitzer nach der Litiscontestation in gewisser Rücksicht als malae fidei possessor zu behandeln sei, da er von da an wissen müsse, daß die von ihm besessene Sache nicht ihm angehört [7]). Zunächst wurde durch ein Edict des Kaisers Augustus der Verkauf einer res litigiosa geradezu verboten, und dieß Geschäft für null und nichtig erklärt [8]), wahrscheinlich unter Mitwirkung des Prätors, der hier eine exceptio auch gegen den Käufer wenigstens dann gestattete, wenn dieser von der Qualität der Sache bei dem Eingange des Kaufes unterrichtet war und sie von einem Nichtbesitzer einhandelte [9]). Auch auf die Verpfändung streitiger Sachen hat die Doctrin das Verbot

---

Bd. 9, S. 406 flg. Mühlenbruch, die Lehre von der Cession der Forderungsrechte (3. Ausg.), S. 349—356 u. 383—387.

2) Caius, inst. IV. §. 117. L. 1. §. 1. D. de litigiosis. (44. 6.) L. 1. §. 2. D. quae res pignori obligari non possunt. (20. 5.)

3) L. 3. D. 44. 6.

4) Dig. de alienat. iudicii mutandi causa facta. (4. 7.)

5) L. 20. §. 6. D. de hered. petitione. (5. 3.)

6) L. 27. §. 3. D. de rei vindicatione. (6. 1.)

7) L. 25. §. 7. D. 5. 3., vergl. mit L. 20. §. 11. D. ibid.

8) Fragm. vet. iurecons. de iure fisci §. 8.

9) Caius, inst. IV. §. 117.

bezogen, und consequenter Weise auch hier die Exception gestattet [10]). Späterhin ging die Praxis vielleicht noch einen Schritt weiter und gestattete wohl dem obsiegenden Gegner auch eine Wiedereinsetzung wider den besitzenden Erwerber, und nun erst ward es möglich, die exceptio litigiosi ganz allgemein auf die Ungiltigkeit solcher Veräußerungen nach dem prätorischen Rechte zu beziehen [11]). Außerdem waren mit den Veräußerungen der res litigiosae noch andere Nachtheile verknüpft; und zwar für den Veräußerer unbedingt, da dieser sich nicht mit Unwissenheit entschuldigen konnte [12]), für den Erwerber auf den Fall, wenn ihm das Verhältniß bekannt gewesen war [13]). Sie bestanden in einer dem Fiscus zu entrichtenden Strafe, deren Größe und Beschaffenheit sich nicht immer gleich blieb. Zur Zeit der classischen Juristen betrug sie 50 HS. [14]). Im Justinianischen Rechte beträgt sie von Seiten dessen, welcher wissentlich einen solchen Contract abschloß, eine Geldsumme, welche dem Werthe der Sache gleichkommt [15]), wobei natürlich vorausgesetzt wird, daß das Geschäft null und nichtig sei, daß die Sache unentgeltlich zurückgegeben werden müsse, auch sonst keine Entschädigung für den Kaufpreis geleistet werde. War der Erwerber nicht von der Qualität der Sache unterrichtet, so steht es ihm frei, nicht allein den Werth der Sache selbst, sondern auch den dritten Theil mehr von dem Vordermann einzuklagen [16]). Zugleich sind diese Vorschriften, die Ungiltigkeit des Contractes vorausgesetzt, auf Schenkungen der res litigiosae ausgedehnt worden [17]). Ausgenommen werden von dieser Sanction Veräußerungen von res litigiosae, welche zum Zwecke der Bestellung eines Heurathsgutes oder einer ante nuptias donatio, oder eines Vergleiches, einer Erbtheilung oder der Berichtigung eines Vermächtnisses halber vorgenommen werden [18]).

Von einem Bezug der exceptio litigiosi auf das Recht des Beklagten wider denjenigen, welchem der Kläger während des Prozesses die Klage abgetreten hat, war zur Zeit der classischen Juristen nirgends die Rede. Daß eine solche Cession nicht unerlaubt war, geht noch aus einer Constitution von Constantin [19]) hervor, welche freilich in der Form, wie sie im Justinianischen Codex eingetragen worden, ganz einfach den Grundsatz ausspricht, daß eben so wenig anhängige Klagen als streitige Rechte

---

10) L. 1. §. 2. D. quae res pignori obligari non possunt. (20. 3.)

11) Fragm. vet. iurec. de iure fisci §. 8. L. 27. §. 1. D. ad SC. Vellei. (16. 1.)

12) Fr. de iure fisci §. 8. Darauf deutet L. 1. pr. D. de iure fisci. (49. 14.)

13) L. 2. D. 44. 6. Hier heißt sie poena litigiosi.

14) Fr. de iure fisci §. 8.

15) L. 4. pr. C. de litigios. (8. 37.)

16) L. 4. §. 1. C. 8. 37.

17) L. 4. §. 1. C. 8. 37.

18) L. 4. §. 1. C. 8. 37.

19) L. 1. pr. Th. C. de litigiosis. (4. 5.) Vergl. Mühlenbruch a. a. O. S. 356.

sachen giltiger Weise veräußert werden können [20]). Die Tendenz des späteren Rechtes in Betreff der Litigiosität den Kläger in gleicher Weise, wie den Beklagten zu beschränken, gibt sich zuerst in einer Constitution der Kaiser Gratian Valentinian und Theodosius kund [21]), nach welcher die Veräußerung eines klagbar gemachten Chirographum an Andere, selbst an den Fiscus, ungiltig sein soll. Ja diese Kaiser gingen in ihrem Eifer sogar so weit, daß sie auch eine Veräußerung durch letztwillige Verfügung in ihr Verbot mit einschlossen, mit der Bestimmung, daß der Haupterbe einen Prozeß dieser Art auf seine Gefahr fortsetzen und den Werth an den Vermächtnißnehmer bezahlen solle. Noch weiter geht die Constitution Justinian's, welche die Veräußerungen anhängig gemachter Prozesse von Seiten des Klägers ganz nach denselben Grundsätzen behandelt wissen will, wie die von bereits klagbar gemachten Sachen von Seiten des Beklagten. Zunächst sollen Verkauf und Schenkung sich gleichstehen, und beide dem vitio litigiosi unterliegen, welches die Nichtigkeit des abgeschlossenen Geschäftes herbeiführt [22]). Allein zwischen den Contrahenten soll ein Unterschied gemacht werden, je nachdem sie von dem anhängigen Prozesse unterrichtet sind oder nicht. Im ersten Falle sollen die Contrahenten nicht allein zur Herausgabe der Sache verpflichtet sein, sondern auch den Werth der Sache verlieren, und zwar nicht zu Gunsten des Veräußernden, sondern zu Gunsten des Fiscus. Im letzten Falle hingegen soll die Veräußerung zwar auch an und für sich null und nichtig, der im guten Glauben stehende Contrahent aber berechtigt sein, den Werth der Sache mit Hinzufügung eines Drittheils von dem Werthe (natürlich von dem Veräußernden) ersetzt zu verlangen. Ausgenommen sind von dieser Verfügung nur solche Veräußerungen, welche zur Bestellung eines Heurathsgutes, einer ante nuptias donatio, oder eines Vergleichs halber oder zum Behuf einer Erbtheilung oder der Berichtigung eines Vermächtnisses vorgenommen werden [23]). Manche neuere Rechtsgelehrte [24]) gehen von der Ansicht aus, daß sich diese Vorschriften Justinian's nur auf den Fall der Veräußerung litigiöser Sachen beziehen; allein schon die Interpolation von L. 2. C. de litigiosis (8.37.), vom Standpunkte des Justinianischen Rechtes aus, deutet auf die Gleichstellung der Veräußerung von Klagen und Sachen als Regel; zudem stellt auch Justinian im Eingang der fraglichen Constitution in Betreff des vitium litigiosi beides einander gleich; auch erklärt er am Schlusse der Constitution Alles für unwirksam, was gegen die Constitution unternommen werden würde, wobei er natürlich auch an die Veräußerung von Forderungen gedacht haben muß. Wenn er aber gleichwohl in den Zwischensätzen Ausdrücke braucht, welche nur auf die Veräußerung von Sachen zu deuten scheinen, wie rem redhibere, so kann dieß schon deßhalb nicht zur Unterstützung der gegentheiligen Mei-

20) L. 2. C. 8. 37.
21) L. 3. C. 8. 37.
22) L. 4. pr. C. 8. 37. Vgl. L. 2. C. ibid.
23) L. 4. §. 1. C. 8. 37.
24) So Mühlenbruch a. a. O. S. 385.

Digitized by Google

nung benutzt werden, weil es ja ganz natürlich erscheinen muß, daß der Gesetzgeber, um kurz zu sein, nur den hauptsächlichsten und am häufigsten vorkommenden Fall im Auge behielt.

Praktisch wichtig ist die Frage, von welchem Zeitpunkte an die Litigiosität einer Sache zu datiren sei. Nach dem Rechte der Pandekten ist es der Zeitpunkt der Litiscontestation[25]), und damit stimmen auch die Aeußerungen kaiserlicher Constitutionen im Justinianischen Codex überein[26]). Auch kann es keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß dieß in Betreff der Veräußerung von Klagerechten nicht durch Nov. 112. cap. 1. abgeändert worden sei, da der Kaiser hier überall nicht von Klagen spricht, sondern nur den Zeitpunkt festsetzt, wo eine Veräußerung des streitigen Objectes dem mit der Reivindication in Anspruch genommenen Besitzer nicht mehr gestattet werden soll. Nur für die Veräußerung von Sachen von Seiten des Beklagten soll die Litigiosität nach der Novelle schon von dem Zeitpunkte an beginnen, an welchem der Prozeß zwischen den Parteien eröffnet wird, sei es durch gerichtliches Anbringen der Klage, oder durch Supplik an den Kaiser und Insinuation derselben an den Richter, vorausgesetzt, daß dieß dem Beklagten mitgetheilt werde. Eine Verfügung, welche sich unmittelbar an den schon bei der Erbschaftsklage geltenden Grundsatz anschließt, daß nach der gerichtlichen Anbringung der Klage (post motam controversiam) alle Besitzer von Erbschaftssachen als Besitzer im bösen Glauben und Prädonen zu behandeln seien[27]). Manche Rechtsgelehrte gehen noch weiter, und behaupten, daß die von dem Kläger cedirte Klage, wenigstens nach dem canonischen Rechte, mit der gehörig geschehenen Insinuation der Ladung anhebe. Allein die Litispendenz des Kirchenrechtes hat einen ganz anderen Sinn, eine ganz andere Beziehung, als die Litigiosität des römischen Rechtes, und somit scheint es, daß auch noch heute im gemeinen Rechte die Litigiosität erst mit der Litiscontestation beginnen müsse.

**Exceptio litis dividuae** heißt in der Kunstsprache des vorjustinianischen Rechtes die dilatorische Einrede, welche dem entgegenstand, welcher einen Theil eines ihm geschuldeten Ganzen bereits klagweise eingefordert hat, wenn er den Rest der Schuld später nachfordert. Wenigstens war die Klage auf den Rest so lange zu verschieben, als die Amtsgewalt desjenigen Magistrates dauerte, welcher das erste Judicium angeordnet hatte; späterhin fiel die Exception weg. Die Gründe, aus welchen diese Exception eingeführt war, liegen im Dunkel des römischen Prozesses verborgen. Daß sie nicht allein bei den iudicia, quae imperio continentur, stattfand, sondern auch bei den iudicia legitima, darauf deutet doch wohl die allgemeine Fassung der Stelle von Cajus *),

---

25) L. 13. D. familiae herciscundae. (10. 2.) L. 1. §. 1. D. de litigiosis. (44. 5.)

26) L. 1. C. communi dividundo. (3. 37.) Darauf deutet auch der Ausdruck actiones quae in iudicium deductae sunt in L. 2. C. 8. 37.

27) L. 20. §. 12. D. 5. 3. L. 25. §. 7. D. ibid.

*) Caius, inst. IV. §. 122.

deſſen Inſtitutionen uns zuerſt mit der Einrede bekannt gemacht, und zugleich über ihr Weſen und ihren Umfang hinreichenden Aufſchluß gegeben haben. Im Juſtinianiſchen Rechte findet ſich keine Spur dieſer Einrede mehr vor, wahrſcheinlich deßhalb, weil ſie mit der jährigen Dauer der Prätur zuſammenhing, und die von den ſpäteren Kaiſern ernannten Magiſtrate in der Regel bis auf Widerruf angeſtellt waren.

**Exceptio litis pendentis** [1]), auch praescriptio litis pendentiae genannt, heißt in der Kunſtſprache der neueren Rechtsgelehrten die Einrede, womit derjenige, gegen welchen eine Klage bereits angeſtellt worden iſt, ſeinen Gegner zurückweiſt, wenn dieſer über denſelben Gegenſtand gegen ihn anderswo Klage erhebt oder aber eine Veränderung des Beſitzſtandes während der Dauer des erſten Prozeſſes beantragt. Die Litispendenz in dieſem Sinne iſt ein Inſtitut des Kirchenrechtes, welches ſich zwar zunächſt an die Verordnungen des römiſchen Rechtes über die Unveräußerlichkeit von litigiöſen Sachen (ſ. den Art. exceptio litigiosi) und über die durch die Litisconteſtation bewirkte Rechtshängigkeit der Sache (ſ. den Art. exceptio rei in iudicium deductae) anſchloß [2]), aber inſofern der Lehre eine ganz andere Grundlage gab, als es gewiſſe Folgen an das erſte, auf erhobene Klage, giltig abgegebene und gehörig inſinuirte Decret, wenn es die Klage als ſtatthaft mittheilt, zu knüpfen ſuchte [3]). Der eigentliche Sitz dieſer Lehre iſt X. ut lite pendente nihil innovetur (2. 16.), und daß für die Dauer des Prozeſſes keine Veränderung im Beſitzſtande der Sache vorgenommen werden dürfe, ſprechen faſt alle unter dieſen Titel eingeſchaltenen Decretalen aus, was in der Kunſtſprache durch das Axiom pendente lite nihil esse innovandum ausgedrückt wird. Daher der Beſitz der ſtreitigen Sache auf die Dauer des Prozeſſes dem Beklagten nicht gegen ſeinen Willen entzogen werden darf [4]); daher während der Dauer des Accuſationsprozeſſes, welcher wegen Ehebruches eingeleitet worden, dem Beklagten die Gerechtſamen, welche er gegen den Anderen hatte, nicht genommen werden können [5]); daher endlich bei dem Streite über das Collaturrecht eines Beneficiums eine Beſetzung bei der Vacanz deſſelben ungiltig iſt, es müßte denn die eine von den ſtreitenden Parteien ſich im

---

1) Literatur: Car. Godofr. Winkler, opuscula minora vol. I. pte. 2. p. 293 sq. Schütte (auct. Brandis), de praescriptione litis pendentis. Gott. 1784. J. H. Böhmer, ius ecclesiasticum Protestantium, lib. II. tit. 16. tom. II. p. 1157—1159, und die Handbücher der neueren Prozeßlehrer, z. B. Martin, Lehrbuch des gemeinen teutſchen Civilprozeſſes, §. 142, S. 234—237, ſammt den Dictaten von Gensler, herausgeg. von Guyet (Heidelberg 1825, 4.), und Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß (2. Ausgabe), S. 229—234.

2) Vgl. c. 50. caus. 11. qu. 1. Cap. 3. X. ut lite pendente nihil innovetur. (2. 16.) Der Ausdruck lite pendente iſt zwar dem römiſchen Rechte nicht unbekannt (vergl. L. 2. u. 4. pr. C. de litigiosis [8. 37.]), bezieht ſich aber daſelbſt nur auf das durch Litisconteſtation begründete Verhältniß.

3) Am deutlichſten iſt cap. 1. X. 2. 16. cap. 2. Clem. 2. 5.

4) Cap. 1. X. 2. 16.

5) Cap. 2. X. 2. 16.

Besitz des Beneficiums befinden[6]). Außerdem legt man nach einer Usualinterpretation von cap. 8. X. de foro competenti (2. 2.) der Litispendenz noch die Wirkung bei, daß unter mehreren concurrirenden Fora durch die Litispendenz Prävention begründet wird, so daß von der Mittheilung des ersten Decretes an der Kläger an das einmal erwählte Forum unwiderruflich gebunden ist, einerlei ob ein delictum mixti fori oder sonst eine causa mixta vorliegt. Aus diesen Verfügungen des Kirchenrechtes im Zusammenhange mit dem gemeinen Rechte ist nun folgende Gestalt von der Lehre von der Litispendenz entstanden. Sie wird durch das erste vom competenten Gerichte giltig abgegebene und gehörig insinuirte Decret begründet, und wirkt die Rechtshängigkeit, als deren Folgen bezeichnet werden: die Litigiosität des streitigen Gegenstandes (aber nur in Beziehung auf die von dem Beklagten vorzunehmenden Veräußerungen); die Befugniß Widerklage zu erheben nach der bereits im römischen Rechte[7]) anerkannten prorogatio fori; das Verbot aller Neuerungen; der, im Fall der Beklagte unterliegt, gewissermaßen fingirte böse Glauben und der Verzug des Beklagten, und endlich die Fortdauer der Gerichtsbarkeit des decernirenden Gerichtes als erster Instanz für diese Sache bis zu deren Beendigung[8]). Diejenigen von den genannten Wirkungen, welche dem Beklagten ein besonderes Recht des Widerspruches gegen fernere Anträge des Klägers in derselben Sache verleihen, dienen nach der gewöhnlichen Ansicht zur Grundlage unserer Exception, welche nur der Doctrin der neueren Prozeßlehrer ihre Entstehung verdankt, natürlich aber dann überall nicht von nöthen ist, wo die Wirkungen der Litispendenz von dem Gerichte, welches das Decret ausgefertigt und mitgetheilt hat, ex officio in Obacht genommen werden müssen, wie dieß bei der Fortdauer der Gerichtsbarkeit desselben als erster Instanz gewöhnlich der Fall sein wird.

**Exceptio litis residuae** heißt in der Kunstsprache des vorjustinianischen Rechtes die dilatorische Einrede, welche dem entgegensteht, welcher mehrere Prozesse mit einer und derselben Person hat, wenn er den einen jetzt durchführt, die anderen aber verschiebt, in der Absicht, die Entscheidung derselben an andere Privatrichter zu bringen, und sie späterhin innerhalb der Amtsdauer desjenigen Magistrates, welcher das erste Judicium angeordnet hat, aufnimmt. Späterhin kam die Einrede in Wegfall. Der Name dieser Einrede, ingleichen ihre prozessualische Bedeutung ist uns erst durch die Institutionen des Cajus bekannt geworden *). Die Gründe, welche ihre Einführung motivirt haben, liegen im Dunkel des römischen Prozesses begraben. Daß sie auch bei den iudicia legitima, nicht allein bei den, quae imperio continentur, stattfand, scheint die all-

---

6) Cap. 1 u. 2. in VI. ut lite pendente. (2. 8.) Cap. 1. Clem. 2. 5.
7) Nov. 96. cap. 2. §. 1.
8) Vergl. Martin, Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses, §. 142, sammt Gensler's Dictaten dazu.
*) Caius, inst. IV. §. 122.

gemeine Fassung der oben genannten Stelle des Cajus anzudeuten. In den Justinianischen Rechtsquellen kommt diese Einrede nicht mehr vor, wahrscheinlich deßhalb, weil die von den späteren Kaisern ernannten Magistrate in der Regel bis auf Widerruf angestellt wurden, und diese Einrede auf die nur jährige Dauer der Prätur berechnet war.

**Exceptio metus** [1]) (bei den Römern **metus exceptio**, auch **metus causa exceptio** [1a])) heißt die peremtorische Einrede, womit derjenige, welcher durch Anwendung unrechtmäßiger Gewalt zur Vornahme einer Thathandlung oder zur Unterlassung derselben gezwungen worden, die Folgen seiner Handlung von sich abwendet, falls er dadurch zu einem Vermögensschaden bereits gekommen ist, oder wahrscheinlicher Weise kommen wird. Die Entstehung dieses Rechtsmittels verliert sich in das Dunkel des Alterthums; daß es mit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, welche wegen Betrug und Zwang gewährt ward, in Zusammenhange steht [2]), ist aus den geschichtlichen Nachrichten, welche die Justinianischen Pandekten aufbewahrt haben, ziemlich deutlich zu ersehen [3]). Der Prätor Cassius, welcher die **doli exceptio** einführte, soll es nicht für nöthig gefunden haben, eine besondere Einrede des widerrechtlichen Zwanges halber einzuführen, da derselbe unter die Kategorie der **doli exceptio** gehöre. Erst späterhin, als man sich darüber einigte, daß die **actio quod metus causa** eine **in rem scripta actio** sei [4]), fand man es angemessen, dem Gezwungenen analog auch eine **exceptio in rem** zuzugestehen, welche eine weitere Anwendung hatte, als die **exceptio doli**, und demnach ward es nöthig, beide Exceptionen abzusondern. Daß diese Absonderung durch ein besonderes prätorisches Edict geschehen sei, dafür spricht die bestimmte Exceptionsformel, welche uns in den Justinianischen Rechtsquellen aufbewahrt worden ist. Vielleicht, daß schon im Edicte des Prä-

---

1) Literatur: Hertius, diss. de metu eiusque operationibus in iure, in diss. vol. II. nr. 9. Gundling, liber singularis de efficientia metus tum in promissionibus liberarum gentium, tum etiam hominum privatorum auxiliisque contra metum. Halae 1711, 4. Böhmer, diss. de exceptione metus iniusti in statu naturali et civili. Halae 1720. Rudolph, diss. de effectu metus in pactis et contractibus. Erlangae 1760. Walch, diss. de negotiis et actibus vi metuve extortis ex iure Romano partim ipso iure nullis, partim a praetore rescindendis. Jenae 1790. Biener, historia iuris civilis de restitutionibus in integrum. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 4, S. 167—186; Th. 5, S. 468—512. Klien, über das Wesen und die heutige Anwendbarkeit der prätorischen Restitution, insonderheit der Wiedereinsetzung wegen erlittenen Zwanges und daraus entstandener Furcht; im Archiv für civil. Praxis, Bd. 1, S. 207—230. Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, S. 303—376.

1a) Dig. XLIV. 4. de doli mali et metus exceptione.

2) L. 4. §. 33. D. de doli exc. (44. 4.) In L. 7. §. 2. D. de obsequ. (38. 15.) heißt sie exceptio vis metusve causa. De metu exceptionem obiicere findet sich in L. 4. §. 33 u. 34. D. 44. 4. u. exceptio quod metus causa factum est steht bei Caius, inst. IV. §. 121.

3) L. 9. §. 3. D. quod metus causa. (4. 2.) L. 4. §. 33. D. 44. 4. Vgl. dazu Burchardi a. a. O. S. 305—307.

4) L. 9. §. 8. D. 4. 2.

tor Octavius, welches bekanntlich die actio quod metus causa einführte[5]), auch neben derselben eine entsprechende Formel für die exceptio metus aufgestellt worden. Von dem ursprünglichen Zusammenhange beider Exceptionen scheint es noch eine Spur zu sein, wenn dieselben in den Justinianischen Pandekten in einem Titel (Dig. XLIV. 4.) behandelt werden.

Was die formelle Fassung der Exception anbelangt, so wird sie ganz übereinstimmend mit der anderer Exceptionen in den Justinianischen Rechtsquellen so dargestellt: si in ea re nihil metus causa factum est[6]), und zum Ueberfluß bezeugt noch Ulpian, daß in derselben der Name desjenigen, welcher den widerrechtlichen Zwang angewendet, nicht genannt worden, mithin die Einrede als in rem scripta zu betrachten sei. Daß indeß diese Fassung der Einrede nicht die ursprüngliche gewesen, beweist die Bemerkung desselben Rechtsgelehrten, daß die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wegen Zwang vom Prätor am Anfang mit den Worten quod vi metusve causa gestum erit, ratum non habebo[7]) versprochen, und daß späterhin, als man sich in der Theorie davon überzeugte, daß eine widerrechtliche Gewalt nicht ohne metus gedacht werden könne, die Erwähnung der vis aus dem Edicte weggelassen worden sei. Nimmt man dazu noch die Bemerkung, daß die Verbindung derselben Worte auch bei Cicero[8]) als juristischer Kunstausdruck vorkommt, so dürfte es leicht den Anschein gewinnen, als ob die der actio quod metus causa analoge Exception von Anfang an so gefaßt gewesen sei: si in ea re nihil vi metusve causa factum erit. Eine Vermuthung, welche durch ein Zeugniß Ulpian's[9]), welches auf eine solche Fassung anspielt, fast bis zur Evidenz erhoben wird. Daß aber in den Justinianischen Rechtsquellen diese Fassung der Exception nicht weiter erwähnt wird, hat wohl seinen Grund darin, weil man die Gründe, welche für die Abänderung der Edictsformel bei der actio galten, bei Zeiten gleichfalls für die Abänderung der Exceptionsformel geltend gemacht haben wird. Aus der allgemeinen Fassung der Einrede folgert Ulpian[10]), daß man sie nicht allein gegen den Urheber des Zwanges selbst gestattete, sondern auch gegen jeden anderen, welcher aus dem erzwungenen Geschäfte einen Vortheil für sich ableitete. Mithin konnte es vorkommen, daß die Einrede gegen Jemand wirksam war, welcher an dem ungerechten Zwange ursprünglich gar keinen Antheil hatte, ganz nach Analogie der Grundsätze, welche bei der actio quod metus causa galten[11]). Ihrer Natur nach ist aber die Einrede eine Realexception, welche nicht allein dem Gezwungenen, sondern auch dessen Bürgen und anderen Intercedenten zu stat-

5) Cic. in Verr. II. 3. c. 65.
6) L. 4. §. 33. D. 44. 4.
7) L. 1. D. quod metus causa gestum erit. (4. 2.)
8) Per vim et metum auferre bei Cic. Verr. II. 3. cap. 65, epist. ad Quintum fratrem I. 1. §. 8.
9) L. 7. §. 2. D. 37. 15: Nec exceptiones doli patiuntur vel vis metusve causa.
10) L. 4. §. 33. D. 44. 4.
11) L. 9. §. 8. D. 4. 2. L. 14. §. 5. D. ibid.

ten kommt [12]). Gegen die Eltern kann sie nicht gebraucht werden, da dieß ein Verstoß gegen den ihnen von den Kindern geschuldeten Respect sein würde [13]).

Die Erfordernisse der Exception werden in dem Pandektentitel, welcher diese Lehre speciell behandelt, nicht weiter berührt. Der bereits oben erörterte Zusammenhang unserer Exception mit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Zwanges läßt der Vermuthung Raum, daß für beide Institute dieselben Requisite angenommen werden müssen [14]). Es sind aber im Einzelnen folgende: a) es muß die vorliegende Furcht von Seiten dessen, welcher sie erregte, eine ungerechte Furcht sein, d. h. sie muß von Jemand verursacht worden sein, welcher nicht die Befugniß hatte, den Anderen in Furcht zu setzen [15]). Daher sind Handlungen des Magistrates innerhalb der Grenzen seines Wirkungskreises nicht tauglich um die Exception zu begründen; wohl aber, wenn er diese Grenzen überschreitet, wie z. B. im Fall der Concussion [16]). Wird Jemand auf einem Verbrechen ertappt, und durch die Drohung, ihn zu entleiben oder zu verrathen, zur Zahlung oder zum Versprechen veranlaßt, so ist die Einrede ebenfalls als begründet zu erachten [17]). b) Die Furcht auf Seiten des Gezwungenen muß nicht eitel, sondern bedeutend genug und hinlänglich begründet sein [18]). Dieß bleibt dem Ermessen des Richters zur Beurtheilung anheim gestellt [19]). Im Allgemeinen beurtheilt man dieß nach der Regel, daß nur der Zwang für begründet zu erachten sei, welcher auch einen seiner Kraft sich bewußten Mann zu afficiren vermöge (metus, qui in constantem virum cadit) [20]), wenn schon diese Rechtsregel in den Rechtsquellen nur auf die Qualität des gedrohten Uebels bezogen wird, z. B. auf die Furcht vor Tod, körperliche Mißhandlung, Sclaverei [21]), und gerichtlicher Anzeige bei der Ertappung in der Ausführung von Verbrechen [22]). Unberücksichtigt bleibt dagegen die Furcht vor Infamie [23]), vor dem hohen Stande des Gegners [24]), vor der Aufbürdung

---

12) L. 7. §. 1. D. de exceptionibus. (44. 1.)

13) L. 4. §. 34. D. 44. 4. L. 5—7. §. 2. D. 37. 15.

14) Der gründlichste Schriftsteller über diesen Punkt ist Voetius, comm. ad Dig. IV. 2.

15) L. 3. §. 1. D. 4. 2. L. 4. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.) L. 13. §. 4. D. ibid.

16) L. 3. §. 1. D. 4. 2. L. 23. §. 3. D. ibid.

17) L. 7. §. 1. D. 4. 2. L. 8. pr. D. ibid.

18) L. 3. §. 1. D. 4. 2. erwähnt in dieser Beziehung vis atrox.

19) L. 3. D. 4. 6.

20) L. 2—7. D. 4. 2. Auch das Kirchenrecht bestätigt dieß C. 4. u. 6. X. quod metus causa. (1. 40.) In dieser Beziehung kommen folgende Ausdrücke in den Rechtsquellen vor: iustus timor (L. 21. pr. D. ex quibus causis maiores [4. 6.]), iustus metus (L. 7. §. 1. L. 23. pr. D. 4. 2. L. 3. D. 4. 6.), metus non vani hominis (L. 6. D. 4. 2.).

21) L. 4. L. 7. §. 1. D. 4. 2. L. 3. D. 4. 6. Cap. 4. u. 6. X. 1. 40.

22) L. 7. §. 1. D. 4. 2. Man gibt in dieser Beziehung gewöhnlich folgenden Vers zur Regel: excusat carcer, status, mors, verbera, stuprum.

23) L. 7. pr. D. 4. 2.

24) L. 6. C. de his, quae vi metusve causa. (2. 20.)

öffentlicher Lasten [25]), vor der Macht und dem Ansehen des Richters, welcher die Verurtheilung ausgesprochen hat [26]), theils deßhalb, weil in diesen Fällen die Furcht nur in der Einbildung des Fürchtenden ihren Grund hat, theils weil sie selbstverschuldet ist [27]). Auch hat der Richter zu berücksichtigen, ob das Uebel, welches die Furcht erregt hat, von einer Person gedroht worden ist, von welcher man erwarten konnte, daß sie ihre Drohungen ausführen werde. c) Die erregte Furcht muß die Vornahme der nachtheiligen Thathandlung motiviren. Wäre also das letztere keine unmittelbare Folge der erregten Furcht, sondern ohne Zwang vollzogen worden, so findet die Einrede nicht statt, z. B. wenn Jemand zu einem Versprechen gezwungen worden ist, solches aber freiwillig erfüllt hat [28]). d) Man muß nicht blos dazu gezwungen worden sein, ein Recht wiederaufzugeben, welches man selbst erst erzwungen hatte [29]). Dieß Erforderniß wird aus dem obersten Grundsatze hergeleitet, daß es erlaubt sei, unrechtmäßige Gewalt mit unrechtmäßiger Gewalt zu vertreiben [30]). e) Die Thathandlung, welche durch den Zwang hervorgebracht worden, muß nicht schon an und für nach dem Civilrecht als nichtig und wirkungslos sich herausstellen. Es folgt dieß schon aus der Stellung, welche die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als prätorisches Rechtsmittel gegen das civile Recht einnimmt, welche gar keinen Sinn für den concreten Fall haben würde, wenn es je anders gewesen wäre. Im Allgemeinen läßt sich nach den zerstreuten Quellenzeugnissen so viel mit Sicherheit behaupten, daß die römischen Rechtsgelehrten erzwungene Thathandlungen nach dem Civilrechte als giltig und wirksam betrachten. Für die Stipulation und Acceptilation [31]), die Mancipation [32]) und den Kauf [33]) ist dieß unbezweifelt; für die übrigen bonae fidei negotia läßt es sich nach der richtigeren Meinung nicht füglich bezweifeln, und daß es bei der Tradition auch nicht anders gewesen sei, geht theils daraus hervor, daß dieselbe mit der Acceptilation und Stipulation in dieser Beziehung verglichen wird [34]), theils daraus, daß dem, welcher gezwungen tradirt, nicht das interdictum unde vi, sondern die actio quod metus causa zugestanden wird [35]). Selbst der erzwungene Erbschaftsantritt bleibt nach dem Civilrechte giltig, und wirkt für den Antretenden das heredem esse [36]).

---

25) L. 8. C. 2. 20.
26) L. 1. u. 2. C. de his, qui per met. iud. non appell. (7. 67.)
27) L. 21. pr. D. 4. 2.
28) L. 2. C. de his, quae vi metusve causa. (2. 20.)
29) L. 12. §. 1. D. 4. 2.
30) L. 12. §. 1. D. 4. 2. L. 45. §. 4. D. ad legem Aquiliam. (9. 2.) L. 1. §. 27. D. de vi et de vi armata. (43. 16.)
31) L. 9. §. 7. D. 4. 2. L. 21. §. 4. D. ibid.
32) Caius, inst. IV. §. 117.
33) L. 4. C. de his, quae vi. (2. 20.) L. 1. C. de rescind. vendit. (4. 44.)
34) L. 9. §. 7. D. 4. 2.
35) Vergl. Benfey, von der Selbsthilfe, im rhein. Museum für Jurisprudenz, Th. 7, S. 9—11.
36) L. 21. §. 5. D. 4. 2.

Auch kommt noch in Betracht, daß die erzwungene Ausschlagung einer Erbschaft civilrechtlich als wirksam angesehen werden muß, da es der Hilfe des Prätors bedarf, um sie zu rescindiren, sei es auf dem Wege der Gestattung der utiles actiones, oder aber durch die Gewährung der actio quod metus causa [37]). Endlich gilt auch die erzwungene Manumission nach dem Civilrechte [38]), außer wenn der Sclave selbst der Zwingende ist [39]), oder die Manumission nur in Gegenwart von Zeugen (inter amicos) auf unfeierliche Art geschieht [40]).

Liegen die genannten Erfordernisse vor, so ist die exceptio metus als begründet zu erachten. Dabei kommt nichts darauf an, wer den Zwang ausgeübt hat, ob der, welcher den Vortheil gezogen, oder ein Dritter [41]), eine physische oder eine juristische Person [42]), ein freier Mensch oder ein Sclave; auch ist es gleichgiltig, ob gerade dem Gezwungenen selbst oder anderen ihm theuern Personen Uebel angethan oder angedroht worden sind, um dadurch den Willen von jenem zu bestimmen [43]). Daß, wer sich der Exception bedient, auch das Dasein eines ungerechten Zwanges zu beweisen habe, versteht sich von selbst nach den allgemeinen Regeln vom Beweise der Exceptionen [44]). Eine besondere Erwähnung bedarf es indeß, daß auch nach Justinianischem Rechte, wo unsere Einrede als ein von der doli exceptio getrenntes Rechtsmittel erscheint, dieselbe mit der letzteren vertauscht werden kann [45]). Jedenfalls ist dieß noch ein Ueberbleibsel der oben begründeten Ansicht, daß die exceptio metus aus der doli exceptio hervorgegangen und als eigene Exception aus ihr herausgetreten sei.

**Exceptio non adimpleti contractus** [1]), auch exceptio implementi non secuti (Einrede des nicht erfüllten Vertrages), heißt nach der gewöhnlichen Meinung der neueren Juristen der Einwand, wel-

---

37) L. 21. §. 6. D. 4. 2.
38) L. 9. §. 2. D. 4. 2.
39) L. 9. pr. D. qui et a quibus manumissi liberi non fiunt. (40. 9.)
40) Fragm. vet. Icti de iuris speciebus Dosith. §. 9. Vergl. Schneider, die allgemein subsidiären Klagen des röm. Rechtes, S. 403 flg.
41) L. 9. §. 1 u. 8. D. 4. 2. L. 14. §. 3 u. 5. D. ibid. L. 4. §. 33. D. 44. 4. L. 5. C. 2. 20.
42) L. 9. §. 1. D. 4. 2.
43) L. 8. §. 3. D. 4. 2.
44) L. 13. C. de transact. (2. 4.) L. 9. C. de his, quae vi. (2. 20.)
45) L. 14. §. 13. D. 4. 2.

1) Literatur: Künhold, disp. de usu exceptionis non adimpleti contractus hodierno. Lips. 1726. de Lichtenstein, diss. de natura et indole exceptionis implementi non secuti praes. Wahl. Gott. 1751. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 17, S. 225—240. Heerwart, über die exceptio non adimpleti contractus und non rite adimpleti contractus, im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 7, S. 335—368. Jul. Volkmann, de exceptione non adimpleti contractus. Lipsiae 1829. A. Lange, über die Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Regensburg 1829. Heerwart, Beiträge zur Lehre von der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 14, S. 206—235. Schenck, über die exceptio non adim-

chen der aus einem Bilateralcontracte Verklagte, der die verpflichtende Kraft desselben für sich anerkennt, aus seinem Inhalte insofern hernimmt, als er behauptet, daß er seine vertragsmäßigen Verbindlichkeiten nicht eher zu leisten habe, als der Kläger das von ihm Uebernommene erfüllt. Daraus ergibt sich, daß, wer die Perfection des Vertrages selbst leugnet, nicht auch Einwendungen auf den Anspruch, daß derselbe erfüllt werde, gründen könne; daß ferner Einwände, welche nicht aus dem Inhalte des Vertrages fließen, auch nicht zur Einrede benutzt werden können, und daß endlich Beklagte, deren Leistungen nach dem Inhalte des Vertrages denen des Klägers vorausgehen sollen, natürlich dergleichen Einwände nicht machen können. Man rechnet gewöhnlich diese Einrede zu den anomalen, welche die Last des Beweises auf den Kläger devolviren, weil dadurch ein Umstand bestritten wird, der zum Grunde der Klage gehört, dessen gehörige Rechtfertigung dem Kläger obliegt. Sie ist auch im Executivprozesse zulässig, nicht weil sie zu den liquiden Einreden gehört, sondern weil sie die Forderung des Klägers illiquid macht; denn es soll ja erst ausgemacht werden, ob der Contract erfüllt, und also die Klage begründet sei. Die Praxis begünstigt diese Einrede so sehr, daß sie nicht allein in jedem Theile des Prozesses, auch nach der Einlassung auf die Klage, ja selbst noch bei der Execution zugelassen wird, sondern auch sogar, wenn gleich sie nicht vorgeschützt worden, von dem Richter ergänzt werden kann, insofern sie sich aus den Acten von selbst ergibt. Man betrachtet sie als eine exceptio rei cohaerens, und läßt sie demnach nicht allein dem Erben des Contractschuldners zu Gute kommen, sondern auch einem jeden anderen Interessenten, wie den Bürgen und anderen Intercessoren, und dieß nicht allein gegen den anderen Contrahenten, sondern auch gegen Jeden, welcher in dessen Rechte eingetreten ist. Ausgeschlossen ist die Einrede, wenn der Kläger bei der Anstellung seiner Klage behauptet, die ihm contractlich auferlegten Verbindlichkeiten vollständig erfüllt zu haben, oder sich wenigstens zu deren Erfüllung ordnungsmäßig erbietet.

Diese Lehre hat namentlich in den juristischen Schriften des vorigen Jahrhunderts Wurzel geschlagen [2]). Allein ihre Begründung in den Quellen des gemeinen Rechtes hatte man als etwas Bekanntes, Unbestrittenes vorausgesetzt. Zwar war man darüber völlig einig, daß sie dem Namen nach nicht in den römischen Rechtsquellen gegründet sei, wohl aber hielt man es außer Zweifel, daß sie der Sache nach darin sich vorfinde,

---

pleti contractus und das Retentionsrecht bei gegenseitigen Verträgen, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 17, S. 93—122, u. S. 242—261. Heerwart, über die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, ebendaselbst Bd. 18, S. 387—418. Schenck, über die exceptio non adimpleti contractus, ebendaselbst Bd. 20, S. 427—474. Treitschke, noch einige Bemerkungen über die sogenannte Einrede des nicht erfüllten Vertrages, ebendaselbst Bd. 22, S. 278—295, u. S. 422—442. Unterholzner, quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechtes von den Schuldverhältnissen, Bd. 1, S. 374—378.

2) So noch bei Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 17, S. 229—234, welcher sich hier an die älteren Schriftsteller anschließt.

und man glaubte, daß ſie identiſch ſei mit der öfters darin vorkommenden exceptio mercis non traditae, welche freilich nur bei dem Kaufe erwähnt wird. Erſt den neueren Unterſuchungen blieb es vorbehalten, für dieſen Zweck neue Aufſchlüſſe zu Tage zu fördern. Zur Darſtellung dieſer Reſultate wird es zweckmäßig ſein, die Meinungen der einzelnen Forſcher zu unterſcheiden. Die Theorie von Heerwart[3]) iſt im Weſentlichen folgende. Da zum Klagegrunde nichts weiter gehöre, als was die Geſetze zum Beſtehen einer vollkommenen Obligation des Beklagten erfordern, dieſe Geſetze aber zur Entſtehung der Obligation bei zweiſeitigen Verträgen nicht erfordern, daß der Kläger ſeinerſeits erfüllt habe[4]), ſo erkläre es ſich von ſelbſt, wenn die römiſchen Rechtsquellen die Behauptung, daß der Kläger den Contract nicht erfüllt habe oder erſt erfüllen müſſe, als einen Gegenſtand der Exception anerkennen[5]). Nun ſei es aber der Charakter jeder Exception, daß ſie vom Beklagten vorgeſchützt und nöthigenfalls erwieſen werden müſſe; woraus ſich die Folgeſätze ergeben, daß eine Klage aus einem zweiſeitigen Vertrage, in welcher nicht angeführt iſt, daß der Kläger ſeinerſeits den Vertrag erfüllt habe, nicht angebrachter Maßen zu verwerfen ſei; daß der Richter die Einrede des nicht erfüllten Vertrages ſo wenig als andere von Amtswegen ergänzen dürfe; daß ferner der Beklagte bei Vorſchützung der Einrede den factiſchen Grund derſelben deutlich und beſtimmt angeben müſſe, welche hier in nichts Anderem beſtehe, als in der Angabe der Forderungen, welche der Beklagte an den Kläger aus dem nämlichen Vertrage zu machen hat; daß der Beklagte ferner, wo nöthig, dieſe Thatſachen zu beweiſen habe; daß die Einrede nur eine verzögerliche ſei, alſo die Durchſetzung des klägeriſchen Anſpruches nur ſo lange hemme, bis der Kläger die Erfüllung ſeiner vertragsmäßigen Obliegenheiten oder einen geſetzlichen Befreiungsgrund nachgewieſen, oder durch Anbieten der Erfüllung die Ausflucht beſeitigt hat, und auch an dieſelben Friſten gebunden ſei, wie die übrigen dilatoriſchen Einreden. An dieſer aus den römiſchen Rechtsquellen entwickelten Theorie habe auch die ſpätere Praxis nichts geändert, und ſo ſeien die Reſultate dieſer Forſchung auch heute noch als giltig zu betrachten. Zwar ſprächen die römiſchen Rechtsquellen nur von der Einrede in Beziehung auf den Kaufcontract, und wenn neuere Rechtsgelehrten dieſe Vorſchriften auch auf die übrigen weſentlich zweiſeitigen Contracte ausdehnten, ſo hätten ſie zu einer ſolchen Annahme bei der Miethe und dem Geſellſchaftsvertrag

---

3) Im Archiv für civil. Praxis, Bd. 7, S. 335—368, und Bd. 14, S. 206—235.

4) Caius, inst. III. §. 136. L. 1. §. 2. D. de rerum permutatione. (19. 4.) §. 1. J. de obligationibus ex consensu. (3. 23.)

5) Caius, inst. IV. §. 119. L. 25. D. de actionibus empti venditi. (19. 1.) L. 5. C. de evictionibus. (8. 45.) L. 5. §. 4. D. de doli mali et metus exceptionibus. (44. 4.) Demnach ſeien die Worte nondum est ex emto actio in L. 13. §. 8. D. 19. 1. nicht von der juriſtiſchen Möglichkeit die Klage anzuſtellen, ſondern von der mit Erfolg verknüpften Anſtellung zu verſtehen, wie zudem auch der Nachſatz (venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit) recht deutlich bezeuge. Vergl. Archiv Bd. 7, S. 344.

um so weniger Grund, als eine solche Ausdehnung weder durch die Gesetze noch durch die Natur dieser Contracte gerechtfertigt werde[6]). Jedenfalls stehe es aber demjenigen, welcher in diesen Contracten mit einer Leistung vorangehen müsse, frei, von dem Anderen, an welchen er die Leistung entrichtet, Caution für die Erfüllung der gegnerischen Contractsverbindlichkeit zu verlangen, wie dieß bei allen bonae fidei iudicia vor dem Eintritt des Zahltages ohnehin geschehen könne[7]). Abgesehen von besonderen Verabredungen einzelner Contrahenten, welche natürlich das Wesen und den Charakter der eingegangenen Obligation genauer bestimmen und im concreten Falle bei der Beurtheilung des Vertrages in Obacht genommen werden müssen. — Noch weiter als Heerwart geht Volkmann, welcher sich zwar im Ganzen an dessen Theorie anschließt, aber die Statthaftigkeit der Exception sogar bei den Realcontracten behauptet[8]). Allein der Hauptgrund, welchen er für diese Ausdehnung aus dem unrömischen Namen der Einrede hernimmt, dürfte am wenigsten für seine Meinung beweisen, und wenn schon aus den von ihm beigebrachten Beispielen hervorgeht, daß bei Realverträgen die Zurückgabe der Sache nach Umständen verweigert werden könne, bis der Kläger gewisse Obliegenheiten erfüllt, so ist doch entweder für diese Verträge der Name der reinen Realverträge in Abrede zu stellen, oder zu leugnen, daß man den Grund der Weigerung mit Recht die Einrede des nichterfüllten Vertrages nenne[9]). — Der alten Theorie, welche die vorgängige Erfüllung von Seiten des Klägers als eine gesetzliche Bedingung des Klagerechtes ansieht und sie als einen Theil des Klaggrundes behandelt, schließt sich Lange[10]) wiederum an, und behauptet gleichwohl in Uebereinstimmung mit Heerwart, daß sie eine exceptio im Sinne der Römer sei; allein dieser Ausdruck umfasse alle Vertheidigungsmittel des Beklagten, ja selbst die Rüge der in der Klage sich findenden Mängel, selbst die negative Litiscontestation; dieß sei aber im heutigen Rechte anders; der Richter verwerfe die mangelhafte Klage sofort, und der Beklagte habe nur entweder den Klaggrund zu leugnen oder wahre Einreden auf selbstständige Thatsachen zu gründen, daher die Natur unserer Einrede. Dieß Raisonnement stützt sich offenbar nur auf falsche Ansichten von dem römischen Begriffe exceptio und bedurfte demnach wohl nicht der ausführlichen Widerlegung von Heerwart[11]). — Eine ganz neue Theorie, welche sich auf die materielle Verschiedenheit der Bilateralcontracte stützt, entwickelt Schenck[12]). Er unterscheidet nämlich unter denselben solche, in welchen

---

6) Vergl. Archiv für civil. Praxis, Bd. 18, S. 406—413.

7) L. 38. D. pro socio. (17. 2.) L. 41. D. de iudiciis. (5. 1.) L. 27. u. 28. D. 17. 2.

8) Diss. de exceptione non adimpleti contractus §. 3. Lips. 1829.

9) Vergl. die Kritik dieser Ansicht von Heerwart, im Archiv Bd. 14, S. 207—210.

10) Ueber die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (Regensburg 1829), S. 45, 46.

11) A. a. O. Th. 14, S. 211—231.

12) A. a. O. Th. 17, S. 93—122, und S. 242—261, ingl. Th. 20, S. 427—474.

die gegenseitige Leistungspflicht durch die vorgängige Leistungspflicht gar nicht bedingt sei, ferner solche, wo jene Pflicht für beide Theile gleichmäßig durch die vorgängige oder wenigstens gleichzeitige Leistung des Anderen bedingt sei, und endlich solche, in welchen nur ein Theil mit seiner Leistung unbedingt vorangehen müsse. Welche zweiseitige Verträge aber zur einen oder anderen Classe zu rechnen seien, das sei eine quaestio facti, welche aus der Willensmeinung der Contrahenten, aus der Art des Vertrages und den Sachverhältnissen zu entscheiden sei. Der Kauf insonderheit gehöre zu der letzten Classe, und zwar müsse der Käufer zuerst das Kaufgeld zahlen, ohne vorher die Uebergabe der gekauften Sache verlangen zu können. In allen Fällen nun, wo der auf Erfüllung klagende Theil mit seiner Leistung vorausgehen oder wenigstens dazu sich erbieten müsse, gehöre die Behauptung, daß er seine Contractsverbindlichkeit erfüllt habe, oder wenigstens dazu bereit sei, zum Klaggrunde, müsse in der Klage angeführt werden, wenn sie nicht einen wesentlichen Mangel haben solle, und das Verlangen der Vorleistung von Seiten des Gegners sei nicht Gegenstand einer besonders vorzuschützenden Einrede, sondern vielmehr negative Litiscontestation. In Rücksicht auf die Anwendbarkeit dieser Theorie wird nach den obengenannten Classen der Verträge der Fall unterschieden, wo diese Einrede entweder gar nicht, und solche, wo sie jedem der beiden Contrahenten, und solche, wo sie nur einem derselben zusteht. Dagegen hat nun freilich Heerwart[13]) sehr richtig eingewendet, daß den Justinianischen Rechtsquellen zu Folge die Einrede nur gerade bei dem Kaufe vorkomme, und daß gerade dieser Contract nicht unter die von Schenck ihm angewiesene Classe gestellt werden könne, da hier die Leistungspflicht für beide Theile gleichmäßig durch die vorgängige oder wenigstens gleichzeitige Leistung des Anderen bedingt sei[14]). — Treitschke[15]) erklärt unser Rechtsmittel nicht für eine wahre Einrede, sondern sieht darin nach Umständen nur eine Einrede im weiteren Sinne, in welchem man auch von einer exceptio inepti libelli spricht; denn mit dieser sei sie identisch, so oft der Kläger seine Intention unbedingt gestellt habe, und doch weder Erfüllung, noch erlangten Aufschub auf seiner Seite behauptet hat, und eine solche Klage müsse unbedingt verworfen werden, der Beklagte möge den Mangel rügen oder nicht. Wenn der Kläger das Petitum der Klage auf Leistung Zug um Zug gestellt hat, so könne die Einrede gar nicht stattfinden; und hat er eines von beiden, Erfüllung oder Gestundung angeführt, so könne sie nur in der Verneinung des Klaggrundes bestehen, sei also nicht einmal Einrede im weiteren Sinne. Wo die Erfüllung angeführt wird, da könne eine allgemeine Behauptung erfüllt zu haben nicht genügen[16]), vielmehr müsse der Kläger das, was er zum Be-

13) Im Archiv Bd. 18, S. 387 flg.

14) L. 34. §. 3. D. de contrah. emt. (18. 1.) Caius, inst. IV. §. 126, vergl. mit L. 11. §. 2. D. de actionibus empti venditi. (19. 1.) L. 13. §. 8. D. ibid.

15) Im Archiv für civil. Praxis, Bd. 22, S. 286.

16) A. a. O. Bd. 22, S. 433.

huf der Erfüllung gethan haben will, bestimmt angeben, damit man beurtheilen könne, ob es dem entspricht, was ihm nach der Natur des Contractes zu thun oblag. Bei den Realcontracten und solchen Consensualverträgen, welche nur nach einer Seite hin eine actio directa erzeugen, könne bei der Anstellung dieser Klage nicht füglich die Rede von der exceptio non adimpl. contr. sein [17]), wohl aber wenn die contraria actio angestellt werde; denn wenn schon der Commodatar, Pfandnehmer und Mandatar wegen seiner Verwendungen ein Retentionsrecht habe, so könne er doch, wenn er klagend auftrete, nicht eher Ersatz dieser Kosten verlangen, als wenn er die Sache vorher an den anderen Contrahenten herausgegeben habe; er müsse also, wenn er sein Petitum nicht auf die Leistung Zug um Zug stelle, die bereits geschehene Herausgabe und sonstige Erfüllung oder eine besondere, ihn davon zur Zeit befreiende Verabredung anführen, sonst müsse er angebrachter Maßen abgewiesen werden, worauf der Beklagte, um sicher zu gehen, durch die Vorschützung jener Exception antragen könne. — Der neueste Schriftsteller über unsere Einrede, Unterholzner [18]), erklärt dieselbe für eine Einrede im heutigen Sinne des Wortes, nicht für negative Litiscontestation, und folgert daraus, daß der Richter eine Klage aus einem zweiseitig bindenden Vertrage nicht sofort abweisen könne und müsse, wenn nicht der Kläger angeführt habe, daß er seinerseits mit der Erfüllung sich nicht im Rückstande befinde; übrigens legt er dabei den Beweis der Erfüllung, wie bei der Einrede des Nichtempfanges, dem Kläger auf, und behauptet auch die Statthaftigkeit derselben bei der actio commodati contraria.

Es scheint, als ob man zu diesen Resultaten nur durch unzulässige Combination von sonst richtigen Sätzen gekommen sei. Zunächst ist es eine Eigenthümlichkeit aller bonae fidei iudicia, wozu die Consensualcontracte alle, und außerdem noch einige Realcontracte gehören, daß, wenn es zur Klage und in Folge derselben zum Judicium kam, Ansprüche des Beklagten an den Kläger aus demselben Geschäfte vom Richter berücksichtigt werden mußten, einerlei, ob sich der Beklagte vor dem Prätor oder erst vor dem Juder darauf berufen hatte. Denn dieser war durch die in die formula eingesetzten Worte: ex fide bona angewiesen, solche Gegenansprüche, wenn sie zugestanden oder bewiesen wurden, zu berücksichtigen; falls nöthig zu Gelde anzuschlagen und vom Betrage der Condemnationssumme abzuziehen. Die römischen Rechtsquellen bezeichnen diese Befugniß mit dem Namen compensatio [19]), und die neueren Rechtsgelehrten, da sie andere Wirkungen hat, als die in der Exceptionsform geltend gemachte, mit dem Zusatze tacita. Diese Compensationsbefugniß ist aber nichts Singuläres in diesen Klagen, sondern nur eine Folge des allgemeinen Grundsatzes, daß hier der Richter unumschränkt die Gegenforderungen des Beklagten an den Kläger aus demselben Ge-

17) A. a. O. Bd. 22, S. 429 flg.

18) Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des röm. Rechtes von den Schuldverhältnissen, Bd. 1, S. 374—376.

19) Caius, inst. IV. §. 61, 63. §. 30 u. 39. J. de actionibus. (4.6.)

schäfte zu berücksichtigen habe [20]). Daraus folgt auch die Befugniß des Beklagten wegen solcher Forderungen das Retentionsrecht zu üben, wenn er andere Sachen, als baares Geld, an den Kläger abzuliefern hat, welches bekanntlich mit der Compensation auf gleichem Grunde beruht, nur den Gegenständen nach von derselben verschieden ist, und in den römischen Rechtsquellen auch compensatio genannt wird [21]) (s. den Art. compensatio). Die allgemeinen Bedingungen zur Geltendmachung dieses Rechtes waren die, daß der Beklagte sich in irgend einem Theile des Prozesses auf diesen Anspruch berief, und ihn, wo nöthig, erwies. Ausgeschlossen war das Retentionsrecht sammt der Compensation nur in der actio depositi directa [22]). Dieses Retentionsrecht nun ist es, welches auch bei dem Kaufe an der verkauften Sache dem Verkäufer zusteht, wenn ihm der Kaufpreis nicht gezahlt wird [23]), und wenn auch manche Rechtslehrer [24]) dasselbe nicht als Retentionsrecht anerkennen wollen, weil ihm der Charakter der Selbstständigkeit fehle, so hat es doch nicht im geringsten Bedenken, dasselbe dem Sprachgebrauche der Rechtsquellen zu Folge so zu benennen.

Mit der Einführung der exceptio rei venditae et non traditae hat es eine ganz andere Bewandniß. Nach dem alten ius civile, welches sich in dieser Beziehung auf eine besondere Vorschrift des Zwölftafelgesetzes gründete, ging das Eigenthum an verkauften Sachen nach der Uebergabe nicht eher an den Käufer über, als bis er den Kaufpreis bezahlt, oder dafür hinreichende Sicherheit gestellt hatte [25]), und bis dahin stand dem Verkäufer die Eigenthumsklage gegen den Käufer auch nach der Uebergabe zu [26]). Diese offenbare Begünstigung des Verkäufers wurde von Seiten des Prätors, welcher bekanntlich immer nach den Grundsätzen der Billigkeit das Civilrecht milderte, dadurch aufgewogen, daß er den Grundsatz aufstellte, der Käufer könne nicht zur Zahlung des Kaufpreises

---

20) Cic., de off. III. 17. Caius, inst. IV. §. 61. §. 30. J. 4. 6. in quo et illud continetur.

21) Für das Commodatum wird dieß Retentionsrecht ausdrücklich anerkannt in L. 18. §. 4. D. commodati vel contra. (13. 6.) L. 20. D. de acquirenda vel amitt. possessione. (41. 2.) L. 15. §. 2. D. de furtis. (47. 2.) L. 59. D. ibid. Von anderen Fällen sprechen L. 7. §. 1. D. de compensationibus. (16. 3.) L. 8. §. 2. D. de negotiis gestis. (3. 5.)

22) Paulli sent. rec. 2. 12. §. 12. L. 11. C. depositi vel contra. (4. 34.) L. 14. §. 1. C. de compensationibus. (4. 31.) §. 30. J. 4. 6.

23) L. 13. §. 8. D. de act. empti vend. (19. 1): Venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit. L. 22. D. de hereditate vel actione vendita. (18. 4.) L. 13. §. 8. D. de aedilicio edicto (21. 1.), vergl. mit L. 15. §. 2. D. de furtis. (47. 2.) L. 5. D. de dote praeleg. (33. 4.)

24) So Schenck, die Lehre vom Retentionsrechte, §. 4, S. 56—60.

25) §. 41. J. de rerum divisione (2. 1.), ibique Theoph. Vgl. Varro, de re rust. II. 2. §. 6, Quinct. declam. 336. L. 19. D. de contr. empt. (18. 1.) L. 53. D. ibid. L. 25. §. 1. D. de usufructu et quemadmodum. (7. 1.) L. 5. §. 18. D. de tributoria actione. (14. 4.) L. 38. §. 2. D. de liberali causa. (40. 12.) L. 5. §. 1. D. de iure fisci. (49. 14.) L. 11. §. 2. D. de actionibus empti et venditi. (19. 1.)

26) L. 5. §. 18. D. 14. 4.

vom Verkäufer vor der Tradition der Sache angehalten werden, und demgemäß eine Exception zu geben versprach. Dieß ist die ursprüngliche Bedeutung der exceptio rei venditae et traditae [27]), welche so gefaßt wurde: si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit, neque tradita est [28]), eine in factum concipirte, und wohl, wie die exceptio metus, aus der allgemeinen exceptio doli mali herausgetreten ist, da sie als noch mit dieser concurrirend in den Justinianischen Rechtsbüchern erwähnt wird [29]). Ihre Anwendung bezog sich zunächst wohl nur auf den Fall der unterlassenen Tradition, späterhin hat man sie auch auf den der Eviction bezogen, da der Eintritt der Eviction der unterlassenen Tradition in seinen Folgen gleichgestellt wird [30]). Auch Eingriffe des Verkäufers in das Dispositionsrecht des Käufers über die verkaufte Sache berechtigen zur Vorschützung der Einrede [31]). Daß sie in Wegfall kommt, wenn dem Käufer bei dem Abschlusse des Kaufes oder vorher die Kaufsbedingung gestellt worden ist, daß er den Kaufpreis bezahlen solle, ehe ihm die Sache tradirt wird, geht aus einer Stelle von Cajus [32]) hervor; doch half man hier nicht durch Denegation der Exceptio, sondern durch die Gewährung der replicatio: aut si praedictum sit, ne aliter emptori res traderetur, quam si pretium emptor solverit. Dabei versteht es sich von selbst, daß bei dem Gebrauche der Exception die Beweislast auf den Excipienten überging nach den allgemeinen Regeln von dem Beweise der Exceptionen. — Als sich nun im Verkehre gewisse synallagmatische Geschäfte hervorhoben, welche zwar nach dem ius gentium eingegangen, gleichwohl aber durch ihre Reception in das Civilrecht als nach solchem eingegangen betrachtet wurden, stellte sich aus den Grundsätzen der bona fides, nach welchen sie beurtheilt wurden, das Retentionsrecht des einen Contrahenten bei der Leistungsverzögerung von Seiten des Anderen als ein wesentliches Merkmal dieser Contracte heraus, und es war somit natürlich, daß in Fällen, wo jene Leistungsverzögerung schon durch andere Rechtsmittel geltend gemacht werden konnte, wie bei dem Kaufe, doppelte Rechtsmittel concurrirten, die aber gleichwohl darin mit einander übereinkommen, daß der Beklagte dieselben ausdrücklich ansprechen, und nöthigenfalls ihre factische Grundlage beweisen muß. Beide Rechtsmittel sind aber in ihren Folgen wesentlich verschieden auch noch im neuesten Rechte, da die Exception, wenn sie bewiesen wird, eine völlige Absolution des Beklagten zu Wege bringt; das in der Form der tacita compensatio geltend gemachte Retentionsrecht aber nur eine Minderung der Condemnationssumme herbeiführt.

Aus dem Gesagten ergibt sich so viel als gewiß, daß die ganze Lehre

---

27) Caius, inst. IV. §. 126. L. 5. §. 4. D. de doli mali et metus exceptione. (44. 4.) L. 25. D. de actione empti et venditi. (19. 1.) L. 5. C. de evictionibus. (8. 45.)

28) L. 25. D. 19. 1.

29) L. 5. C. de evictionibus. (8. 45.)

30) L. 3. pr. D. 19. 1. L. 11. §. 13. D. ibid.

31) L. 25. C. 19. 1.

32) Caius, inst. IV. §. 126.

von der exc. non adimpl. contr. das Resultat einer unwissenschaftlichen Methode und aus der Verschmelzung zweier Institute des römischen Rechtes entstanden ist, die gleichwohl auch in der Praxis auseinander gehalten werden müssen, dem Retentionsrechte der bonae fidei iudicia und der exceptio rei venditae non traditae. Diese Verschmelzung entstand durch den unjuristischen Tact der Praktiker des siebzehnten und achtzehnten Jahrhunderts. Hatte man nun einmal diese Lehre als Dogma angenommen, so kam man auch leicht auf die Irrwege die Grundlage dieser Exception als geleugneten Klaggrund anzusehen, und den Beweis der Contractserfüllung dem Kläger aufzuerlegen. Von da aus ging man unvermerkt weiter, und kleidete das bei anderen Contracten außer dem Kaufe zulässige Retentionsrecht in die Form der exceptio non adimpleti contractus, welche hier ganz unpassend erscheint.

**Exceptio non rite adimpleti contractus** [1]), auch **exc. non debito modo adimpleti contractus** (Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages), heißt in der Kunstsprache der neueren Rechtsgelehrten der Einwand, welchen der aus einem Bilateralcontracte Verklagte, welcher die verpflichtende Kraft des Vertrages für sich anerkennt, aus seinem Inhalte insofern hernimmt, als er behauptet, daß er seine vertragsmäßigen Verbindlichkeiten nicht zu leisten habe, da der Kläger die seinigen zwar erfüllt, aber nicht in der Weise, wie er sie dem Vertrage nach habe erfüllen sollen. Das Eigenthümliche dieser Exception setzt man in die mangelhafte oder fehlerhafte Leistung des Klägers, und bürdet daher dem Beklagten den Beweis derselben auf, und dadurch, sagt man, unterscheide sie sich von der Einrede des nicht erfüllten Vertrages [2]). Als fehlerhaft gilt aber die Leistung, wenn die überlieferte Sache die Eigenschaften nicht hat, welche sie nach der bestimmten und bündigen Versicherung der Leistenden haben sollte, oder wenn sie mit Mängeln behaftet ist, für welche der Leistende vermöge gesetzlicher Vorschrift auch ohne besonderes Versprechen einstehen muß. Andere geben zwar zu, daß die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages mit der des nicht erfüllten nach gleichen Grundsätzen zu beurtheilen, mithin auch dem Kläger der Beweis der gehörigen Erfüllung aufzubürden sei; heben aber in der Praxis diese Regel fast ganz wieder auf durch die Behauptung, daß, sobald der Beklagte die zu gewährende Sache oder Leistung angenommen habe, er auch der Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages verlustig werde [3]). — Indessen hat man es nicht unterlassen die Unhaltbarkeit beider Mei-

---

1) Literatur: Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß, Bd. 6, Nr. 27, S. 268. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 17, S. 231—238. Heerwart, über die exceptio non adimpleti contractus und non rite adimpleti contractus, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 7, S. 353—363. Schenck, über die exceptio non adimpleti contractus, ebendaselbst Bd. 20, S. 467—472. Treitschke, noch einige Bemerkungen über die sogenannte Einrede des nicht erfüllten Vertrages, ebendas. Bd. 22, S. 436—442.

2) So Weber, von der Beweisführung, Abh. 4, §. 27.

3) So Borst, von der Beweislast, S. 101.

nungen durch äußere und innere Gründe darzuthun. Vor allen Dingen hat man es mit Recht gerügt, daß man es unterlaſſen, ſich darüber zu verſtändigen, was es heiße, den Contract nicht gehörig erfüllt haben[4]). In dieſer Beziehung hat man aus den römiſchen Rechtsquellen bereits nachgewieſen, daß eine theilweiſe oder fehlerhafte Erfüllung des Contractes für eine Nichterfüllung geachtet werde, wenigſtens in Bezug auf die Berechtigung, die gegneriſche Leiſtung zu fordern; einerlei, ob die Leiſtung vom anderen Theile angenommen worden oder nicht[5]). Allein, wenn man daraus hat folgern wollen, daß die exceptio non rite adimpleti contractus nach denſelben Grundſätzen zu beurtheilen ſei, wie exc. non adimpleti contractus, ſo liegt dieſem Schluſſe doch immer die petitio principii zu Grunde, daß es wenigſtens mit der letzteren ſeine Richtigkeit habe (ſ. dagegen den vorhergehenden Artikel). Die neueren Unterſuchungen über unſere Einrede gewähren wenig erſprießliche Reſultate. Heerwart[6]) erklärt, nachdem er den in den Geſetzen klar vorliegenden Ungrund zwiſchen gänzlicher und theilweiſer Nichterfüllung in Betreff der contractlichen Leiſtung nachgewieſen hat, den Fall, wo eine verſprochene Species weſentliche Mängel an ſich hat, von dem Falle der noch gar nicht oder nicht vollſtändig geſchehenen Erfüllung für weſentlich verſchieden. Die letztere gibt nach ſeiner Anſicht dem belangten Contrahenten nur das Recht ſeine Gegenleiſtung zurückzuhalten, bis der Gegner ſeinerſeits erfüllt hat, und es iſt mithin nur ein Aufſchub, den er damit gewinnt und der in Folge dieſer Einrede zurückgewieſene Kläger kann ſeinen Anſpruch immer von neuem erheben, wenn der Grund der Einrede beſeitigt iſt. Die Fehlerhaftigkeit der gelieferten Species autoriſire aber den Beklagten entweder zur Klage auf Entſchädigung oder zur gänzlichen Aufhebung des Vertrages, und führe mithin zum Theil auf dem Wege der exceptio quanto minoris oder redhibitionis eine definitive Entſcheidung der ganzen Sache herbei. Auch in Betreff deſſen, was den Gegenſtand des Beweiſes bei der Einrede der Fehlerhaftigkeit bildet, unterſcheide ſich dieſelbe von der zuerſt genannten. Denn wer davon Gebrauch mache, müſſe nicht allein die Verbindlichkeit ſeines Gegners, für die geklagten Mängel zu haften, nachweiſen, wenn ſie nicht ſofort aus dem Geſetze klar iſt, ſondern auch darthun, daß die empfangene Sache zur Zeit des geſchloſſenen Vertrages mit dem fraglichen Mangel behaftet geweſen ſei. Schenck[7]) unterſcheidet ebenfalls zwiſchen der Leiſtung eines Genus und einer Species, und legt nur im letzten Falle den Beweis des nicht gehörig erfüllten Vertrages dem Beklagten auf; denn nur hier diene die qualitative Beſchaffenheit der Sache nicht dazu, den Gegenſtand des Vertrages zu beſtimmen, alſo ſei es Sache des Beklagten nachzuwei-

---

4) So Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 17, S. 237.

5) L. 13. §. 8. D. de actionibus empti venditi. (19. 1.) L. 31. §. 1. D. de rebus creditis. (12. 1.) L. 57. pr. D. de aedilicio edicto. (21. 1.) L. 22. D. de hereditate vel actione vendita. (18. 4.) Vergl. Heerwart, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 7, S. 354.

6) A. a. O. Th. 7, S. 357—368.

7) A. a. O. Bd. 20, S. 469 flg.

ſen, daß die verſprochenen Eigenſchaften ſich nicht an der Sache fänden, geſetzt auch, daß der Kläger ihr Vorhandenſein zugeſichert hätte. Treitſchke[8]) endlich behauptet, daß unſere Einrede ihrem Weſen nach von der Einrede des nicht erfüllten Contractes nicht verſchieden ſei, und daß, da dieſe nur eine Ableugnung des factiſchen Klaggrundes enthalte, der zur Leiſtung Zug für Zug verbundene Kläger ſein Petitum nur dahin richten könne, daß gegen die ſeinerſeitige contractgemäße Erfüllung auch der Beklagte erfüllen ſolle, oder wenigſtens anführen müſſe, daß er dieſe Erfüllung in der angegebenen Maße bereits bewirkt. Dadurch werde auch die Beweislaſt der gehörigen Contractserfüllung auf den Kläger gewälzt, einerlei ob er dieſelbe bereits in der Klage angeführt, oder ſie durch die Vorſchützung unſerer Einrede von Seiten des Beklagten nachgebracht werde. Dieß finde auch dann ſtatt, wenn der gelieferten Sache eine negative Eigenſchaft abgeht, welche der Kläger ausdrücklich garantirt hat. Fehlt dieſe Garantie des Klägers, ſo falle die Beweislaſt auf den Beklagten, wenn der Fehler der Sache in etwas beſtand, deſſen Abweſenheit ſtillſchweigend vorauszuſetzen war, z. B. in einer Krankheit der gelieferten Sache, oder in einer erſt nach Abſchluß des Contractes erfolgten Veränderung derſelben, welche geſetzlich oder nach der Natur des Contractes den Kläger befreit, oder in Anſprüchen eines Dritten, welche Eviction drohen.

Bei den Unterſuchungen über die Natur unſerer Einrede ſind zwei ganz verſchiedene Sachen verwechſelt worden, nämlich die aus der Natur der bonae fidei iudicia fließende Compenſationsbefugniß, verbunden mit dem Retentionsrechte, welche natürlich auch hier unter denſelben Vorausſetzungen wirkt, wie im Falle des gar nicht erfüllten Contractes (ſ. den Art. exceptio non adimpleti contractus), und der aus dem ädiliciſchen Edict entſpringende Anſpruch auf Gewährung des Verſprochenen (dicta et promissa), auf Fehlerloſigkeit der gekauften Sache und auf Leiſtung der Stipulation wegen Eviction, welcher nicht allein auf dem Wege der Klage (durch die actio redhibitoria und quanti minoris), ſondern eben ſo gut auf dem Wege der Exception geltend gemacht werden kann[9]). Dieſe letzteren Anſprüche beziehen ſich nach dem ausdrücklichen Zeugniſſe der römiſchen Juriſten, welche das ädiliciſche Edict commentirten, nur auf den Kauf[10]), und können mithin nicht auf andere zweiſeitige Contracte ausgedehnt werden. Halten wir an dieſer Grundlage feſt, ſo wird es leicht ſein, die Verwechslung, welche ſo viel Unheil in dieſer Lehre geſtiftet hat, für immer zu heben. Wurden nämlich ſolche Anſprüche auf dem Wege der Exception realiſirt, ſo hatte der Beklagte dieſe zur gehörigen Zeit vorzuſchützen, und ihre Grundlage, wo nöthig, zu beweiſen, und inſofern fand hier einige Aehnlichkeit mit dem oben genannten Retentionsrechte ſtatt; allein die Verſchiedenheit zeigte ſich in den Wirkungen. Während nämlich das Retentionsrecht in der Regel bei

8) A. a. O. Th. 22, S. 435—442.
9) L. 59. pr. u. §. 1. D. de aedilicio edicto. (21. 1.)
10) L. 62. u. 63. D. 21. 1.

nicht vollständiger Leistung nur eine Minderung der Condemnationssumme herbeiführen konnte, wirkte die vorgeschützte und bewiesene Exception eine reine Absolution, so daß jeder Anspruch aus dem Contracte für die Zukunft in seinem Keime vernichtet wurde. — In Betreff der Ausübung des Retentionsrechtes bedarf es noch der Bemerkung, daß dasselbe überhaupt nur da zur Anwendung kommen kann, wo die gegenseitigen Leistungen entweder Zug für Zug gehen, oder aber diejenige Leistung, weßhalb es geübt wird, als Vorleistung sich darstellt. Hat ein Vertrag mehrere einzelne Sachen zum Gegenstande, und ist für jede derselben eine besondere Gegenleistung bedungen, so wird dieß juristisch so angesehen, als wären so viel einzelne Verträge vorhanden, und daher kann die Nichterfüllung in Ansehung des einen Gegenstandes dem Contrahenten kein Recht geben, die Gegenleistung für den anderen Gegenstand zurückzuhalten, in Ansehung dessen der Kläger den Vertrag erfüllt oder sich dazu bereit erklärt hat [11]); und eine Ausnahme davon wäre nur dann anzunehmen, wenn der stückweisen Preisbestimmung ungeachtet die Absicht der Contrahenten nur auf das Ganze gerichtet war [12]). War ferner ein ganzes Werk der Gegenstand des Vertrages, so kann vor dessen gänzlicher Vollendung der bedungene Preis eben so wenig, als die Zahlung des Preises vor der Ausführung des Werkes gefordert werden. Doch wird man hier die Bezahlung für jedes vollendete Stück fordern können, wenn für jedes Stück, sei es durch Maß oder auf andere Weise bestimmt, ein gewisser Preis festgesetzt war [13]). Leistungen, welche eine bestimmte Zeit hindurch versprochen worden sind, z. B. Dienste, Miethwohnungen, Gutspachte, sind nicht eher als vollständig geschehen zu betrachten, als bis jene Zeit ganz abgelaufen ist [14]). War aber eine gewisse Zeit bestimmt, zu welcher die Gegenleistung oder ein Theil derselben gegeben werden sollte, dann ist blos darauf zu sehen, ob der Gegner allen, bis zu jenem Zeitpunkte zu leistenden Obliegenheiten nachgekommen ist [15]).

1 **Exceptio obreptionis** [1]). Kaiserliche Rescripte, welche auf Berichte oder Suppliken von Privatpersonen erlassen werden, setzen zu ihrer Giltigkeit voraus, daß die Sache der Wahrheit gemäß müsse dem Landesherrn vorgetragen worden sein; denn in der vorausgegangenen Vorstellung liegt der Grund des ganzen Rescriptes. Sind also in der Supplik dem Landesherrn wahre Umstände verschwiegen, oder falsche vor-

---

11) L. 29. pr. D. de verbor. obligat. (45. 1.) L. 140. pr. D. ibid. L. 34. pr. D. 21. 1.

12) L. 34. §. 1. D. 21. 1.

13) L. 30. §. 3. D. 19. 2.

14) L. 24. §. 2. D. 19. 2.

15) L. 24. §. 3. D. 19. 2.

1) Literatur: Bechmann, diss. de sub- et obreptione. Graebe, disquisitio de exceptionibus sub- et obreptionis eorumque probatione. Rinteln 1788, 4. Böhmer, ius ecclesiasticum Protestantium, lib. I. tit. 3. tom. I. p. 182—200. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 1, S. 542—548. Thibaut, über den Beweis der exceptio subreptionis und obreptionis, im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 17, S. 161—172.

gespiegelt worden, so fällt der Grund des Rescriptes weg, und die Verfügung selbst kann nicht gelten [2]). In den römischen Rechtsquellen finden wir in dieser Beziehung folgendes Verfahren als das gewöhnliche. Dem Rescripte wurde immer die Supplik, auf welche es erlassen worden, mit angehängt [3]), und dasselbe bezog sich entweder stillschweigend, oder ausdrücklich auf sie. Daher die Rescriptformeln: si, ut proponis; si, ut dicis; si, ut allegas; si, ut adseveras; si preces veritate nitantur [4]); si vera sunt, quae precibus complecteris [5]); si allegationibus tuis fidem adesse iudex perspexerit [6]). Nach einer Verordnung des Kaisers Zeno soll überhaupt gar kein Rescript erlassen werden, als unter Beifügung der Supplik und Hinzufügung der Clausel si preces veritate nitantur [7]). Verhielt sich nun die Sache anders, als sie in der Supplik dargestellt war, so stand es dem, welcher durch die Giltigkeit des Rescriptes in Schaden kam, frei, ein Rechtsmittel zu brauchen; im älteren Rechte gehörte hierher die Appellation [8]), im neueren Rechte findet sich zu diesem Zwecke eine besondere praescriptio mendaciorum erwähnt [9]), deren Beweis dem, welcher von ihr Gebrauch machte, nach den allgemeinen Prozeßregeln auferlegt wurde [10]). Das canonische Recht, welches sich im allgemeinen auf diese Sätze des röm. Rechtes stützt, hat verfügt, daß die Clausel si preces veritate nitantur, auch wenn sie nicht ausdrücklich im Rescripte hinzugefügt ist, sich doch von selbst verstehen solle [11]), und allen päbstlichen Rescripten Wirksamkeit abgesprochen, wenn in den Supplicken, auf die erstere erlassen wurden, entweder die wahren Thatumstände verschwiegen [12]), oder aber unwahre Facta vorgebracht worden waren [13]), in der

---

2) Paulli sent. rec. I. 12. §. 6. L. 1. Iust. C. si contra ius. (1. 22.) L. 3—5. C. ibid.

3) L. 6. D. ad legem Iuliam de vi publica. (48. 6.) L. 33. D. de re iudicata. (42. 1.) L. 3. D. de alimentis vel cibariis. (34. 1.) L. 7. pr. C. de diversis rescriptis. (1. 23.) Vergl. J. Gothofr. ad L. 4. C. Th. de diversis rescriptis (1. 2.) ed. Ritter tom. I. p. 18.

4) L. 7. pr. C. 1. 23.

5) L. 13. C. de transactionibus. (2. 4.)

6) L. 3. C. qui morbo se excusant. (10. 50.) L. 3. C. si adversus fiscum. (2. 37.) L. 3. C. de fideiussoribus et mandatoribus. (8. 41.)

7) L. 7. pr. C. 1. 23.

8) L. 1. §. 1. D. de appellationibus. (49. 1.)

9) L. 2. C. si contra ius vel utilitatem publicam. (1. 22.)

10) L. 1. Th. C. de dilationibus. (2. 7.) L. 2. Iust. C. de dilationibus. (3. 11.) Die entscheidende Lesart probanda wird im Justinianischen Coder nicht allein durch die Auctorität des Theodosischen Coder und dessen Interpretation verbürgt, sondern findet sich auch in Handschriften des Justinianischen Coder nach dem Zeugnisse von Charondas und Baudoza, ferner in der von Herrmann verglichenen Handschrift der Paulinerbibliothek zu Leipzig (s. Herrmanni not. ad L. 2. C. 3. 11. p. 182. A.), und wird auch durch die Basiliken (VII. 17. 12. ed. Heimbach tom. I. p. 314) erhärtet. Gleichwohl billigt Thibaut a. a. O. Bd. 17, S. 169, die Lesart Haloanders improbanda und verbindet damit eine der hier angenommenen Ansicht widersprechende Erklärung, welche mit der falschen Lesart zusammenfällt.

11) C. 2. X. de rescriptis. (1. 3.)

12) C. 3. 8. 16. 19. 20. 26. 31. X. de rescriptis. (1. 3.)

13) C. 15. 20. X. de rescriptis. (1. 3.)

Maße, daß die Richter angewiesen werden, Alles, was in Folge solcher Rescripte angeordnet worden ist, für ungiltig und ungeschehen zu erklären[14]). Außerdem trafen auch nach dem römischen Rechte solche arglistige Supplicanten in manchen Fällen extraordinäre Strafen[15]). Aus diesen gesetzlichen Elementen hat sich unter den Händen der Rechtsgelehrten folgende Theorie entwickelt. Befindet sich die Sache anders, als dem Landesherrn vom Impetranten des Rescriptes vorgestellt worden, so wird das auf eine solche Art erhaltene Rescript ein heimlich erschlichenes genannt. Hiergegen kann sich der Impetrat, dem das Rescript zum Nachtheile gereicht, mit einer Einrede schützen, welche nach dem Unterschiede der Fälle bald exceptio subreptionis oder obreptionis genannt wird: subreptionis, wenn das Rescript durch Anführung falscher Thatumstände erschlichen worden ist; obreptionis, wenn es durch Verschweigung wahrer zur Sache gehöriger Umstände veranlaßt worden[16]). Andere, wie Bechmann, erklären indeß die Sache gerade umgekehrt[17]). Man stützt sich zur Begründung dieser Distinction auf c. 20. X. de rescriptis (1. 3.), was indeß zur Annahme dieser Kunstausdrücke nicht den geringsten Beleg bietet. Vielmehr werden beide Wörter sowohl in den römischen als in den canonischen Rechtsquellen recht absichtlich gebraucht, um ein und dieselbe Sache zu bezeichnen, d. h. die heimliche Erschleichung eines kaiserlichen oder päbstlichen Rescriptes ohne Rücksicht darauf, ob dieß durch Verschweigung wahrer Thatumstände, oder durch Aufnahme unwahrer in der Supplik, oder auf andere Weise veranlaßt worden ist[18]). Hierzu kommt noch, daß in einer und derselben Constitution die Ausdrücke precum obreptio und precum subreptio zur Bezeichnung desselben Begriffes gebraucht werden[19]). — Was den Beweis dieser Einreden betrifft, so behaupten manche Juristen, daß zwischen beiden Fällen ein Unterschied obwalte[20]). Nämlich die Einrede der Subreption brauche nicht vom Excipienten bewiesen zu werden, weil dieser verneine, daß das, was dem Lan-

---

14) C. 19. 26. 31. X. 1. 3. Andere Stellen erklären diese Anordnungen auch ohne richterliche Sentenz für nichtig. C. 8. 15. 16. X. 1. 3.

15) L. un. Th. C. 11. 10. L. 5. Iust. C. 1. 22.

16) So Böhmer, ius ecclesiasticum Protestantium, lib. I. tit. 3. §. 5. tom. I. p. 184. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 1, S. 544.

17) Diss. de sub- et obreptione cap. I.

18) So in L. 9. Th. C. de diversis rescriptis. (1. 2.) L. 20. Th. C. de annonis et tributis. (11. 1.) L. 1. Th. C. de rei vindicatione. (2. 23.) L. 4. Iust. C. de immunitate concessa. (11. 12.) Cap. 22. X. de rescriptis. (1. 3.)

19) L. un. Th. C. si nuptiae ex rescripto pet. (3. 10.) L. 1. Iust. C. si nuptiae ex rescripto. (5. 8.) Aehnlich sind L. 2. Iust. C. si nuptiae ex rescripto. (5. 8.) L. 2. Iust. C. de legibus. (1. 14.) Bemerkt ist dieß schon worden von Jac. Gothofr. paratitl. ad Theod. Cod. I. 2. ed. Ritter tom. I. p. 13.

20) J. H. Böhmer, in iure ecclesiastico Protestantium, lib. I. tit. 3. §. 11. tom. I. p. 188. Eubel, introductio in ius eccles. Catholicorum, tom. IV. §. 226. not. c. Eichmann, in den Erklärungen des bürgerlichen Rechtes, Th. 2, S. 63.

desherrn vorgetragen worden, Wahrheit sei. Demnach müsse der Impetrant des Rescriptes darthun, daß er der Sache gemäß seinen Vortrag gestellt, nach der Regel in facti quaestionibus non neganti, sed affirmanti incumbit probatio. Bei der Obreption hingegen verhalte sich die Sache ganz anders. Diese müsse der, welcher sie zur Ausflucht vorschützt, allemal beweisen, weil er etwas behaupte, was nicht vermuthet werden könne, nämlich, daß wahre, wesentliche Umstände in der Supplik vorsätzlich verschwiegen worden seien. Diese Theorie hat indeß in der Praxis nicht Wurzel gefaßt, und, wenn schon das römische Recht die praescriptio mendaciorum ohne Unterschied der Fälle dem Impetraten zu beweisen auferlegte, das Kirchenrecht aber in dieser Beziehung keine neuen Grundsätze aufstellte, so kann es doch wohl heutzutage keinem Zweifel unterliegen, daß die Sache lediglich dem Ermessen des Richters zu überlassen und von ihm nach Gestalt und Gelegenheit der Sachen und deren Umständen zu bestimmen sei, ob im concreten Falle dem Impetranten oder dem Impetraten die Beweislast aufzuerlegen sei [21]). Ist demnach das Rescript auf bescheinigte Vorstellung erfolgt, so wird die Präsumtion wohl für sie sprechen, und diese mithin so lange als richtig und vollständig gelten müssen, als nicht das Gegentheil vom Impetraten erwiesen ist. Liegen aber umgekehrt im concreten Falle Umstände vor, welche die Sache des Impetranten verdächtigen, und die Exception des Impetraten wahrscheinlich machen, so dürfte dem Impetranten der Beweis von dem Grunde des erhaltenen Rescriptes auferlegt werden müssen. Doch wird dieser Fall in der Praxis seltener vorkommen, da schon das gemeine teutsche Recht denen, welche ein Rescript sollicitiren, die Verpflichtung auferlegt, zugleich mit der Supplik die Narrata derselben etlichermaßen zu bescheinigen [22]). Thibaut [23]) erkennt die Giltigkeit der Einreden nur bei den Justizrescripten an, und nimmt als Regel für den Beweis die Grundsätze des ordentlichen Prozesses zu Hilfe. Mithin legt er dem Impetraten den Beweis der Einrede auf, oder verschont ihn mit demselben, je nachdem ihm im Prozesse der Beweis obgelegen hätte oder nicht, da ja doch anzunehmen sei, daß der Regent nur auf solche Anführungen beifällig hätte rescribiren wollen, welche nach den gewöhnlichen Prozeßregeln dem Producten die Last des Beweises auferlegen. — Die Wirkung der Einrede besteht darin, daß die Vollziehung des Rescriptes bis zum Austrage der Sache ausgesetzt bleibt [24]). Nun steht es zwar dem Richter, an welchen das Rescript erlassen, oder bei dem es von dem Impetranten insinuirt wird, zu, die Untersuchung darüber zu führen, ob die Sache dem Landesherrn der Wahrheit gemäß vorgestellt worden ist, oder

---

21) J. R. A. §. 80. Darnach entscheiden auch Tafinger, instit. iurisprud. cameral. sect. IV. tit. 3. §. 909; Graebe, disquis. de exceptionibus sub- et obreptionis eorumque probatione; Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 1, S. 545.

22) J. R. A. §. 79.

23) A. a. O. Bd. 17, S. 170, 171.

24) C. 2. X. de officio et potestate iudicis delegati. (1. 29.) Vergl. Böhmer l. c. §. 13. tom. I. p. 190.

nicht [25]); er muß sich aber nach geschehener Untersuchung nach den Vorschriften des Kirchenrechtes [26]) alles eigenmächtigen Erkenntnisses enthalten und vielmehr nach geschehener Untersuchung Bericht an den Landesherrn erstatten, damit dieser entweder die Giltigkeit des Rescriptes selbst aufheben, oder das Erkenntniß darüber dem Richter überlassen könne [27]). Wird dann das Rescript für nichtig erklärt, so hat jedenfalls der Impetrant auch die Kosten des Verfahrens zu bezahlen und dem Impetraten Schadenersatz zu leisten [28]). Die arbiträren Strafen, welche das Recht für die, welche solche Rescripte erschleichen, festgestellt hat, sind durch die heutige Praxis abgekommen [29]). — Manche Rechtsgelehrten machen einen Unterschied zwischen rescripta gratiae und iustitiae in Betreff der Wirkung unserer Exceptionen. Jene sollen, falls die Einrede bewiesen ist, von selbst (ipso iure), diese nur durch Vorschützung der Nullitätseinrede (ope exceptionis) annullirt werden. Allein diese Unterscheidung ist in den canonischen Rechtsquellen nicht gegründet und darum wohl schon zeitig von den besseren Lehrern des Kirchenrechtes verworfen worden [30]). Thibaut [31]) stellt die Statthaftigkeit der Einrede bei den Gnadenrescripten gänzlich in Abrede, weil Dritten, welche sich durch solche Verfügungen verletzt glauben, nichts anders übrig bleibe, als die Einreichung einer Supplik um das Nichtverdienst und die Lügenhaftigkeit des Impetranten darzustellen, und dann werde alles wieder von der Willkür des Regenten abhängen, weil derselbe auch ohne Rechtfertigungsgründe willkürlich handeln dürfe. Selbst, wenn das Rescript die Gründe der Verleihung besonders angibt, so könne aus der erwiesenen Falschheit dieser Gründe noch nicht die Nichtigkeit des Rescriptes gefolgert werden, da der Regent durch obwaltende Umstände veranlaßt sein könne, den eigentlichen Grund seiner Handlung geheim zu halten.

**Exceptio plus petitionis** [1]) heißt in der Kunstsprache der neueren Rechtsgelehrten das Anführen des Beklagten, daß der Kläger seine gerechte Forderung übertreibe, d. h. mehr in seiner Klage fordere, als er

---

25) L. 4. C. 1. 21. C. 7. X. de fide instrumentorum. (2. 22.) C. 2. X. de off. et potest. iudicis delegati. (1. 29.)

26) C. 4. X. de rescriptis. (1. 3.) C. 2. X. de officio et potestate ind. delegati. (1. 29.) Dieß wird auch in den Stellen stillschweigend vorausgesetzt, welche die Ungiltigkeit solcher erschlichenen Rescripte aussprechen.

27) Vergl. Böhmer l. c. §. 16. tom. I. p. 192; 193.

28) Cap. 43. X. de rescriptis. (1. 3.) C. 3. in VI. de rescriptis. (1. 3.) C. 1. Clem. de rescriptis. (1. 2.)

29) Böhmer l. c. §. 17. tom. I. p. 193.

30) Gonzalez Tellez ad cap. 20. X. de rescriptis, u. Böhmer l. c. tom. I. p. 190.

31) Im Archiv für civil. Praxis, Bd. 17, S. 171.

1) Literatur: Keller, über Litiscontestation und Urtheil nach classischem römischen Rechte, S. 496—510. Zimmern, der römische Civilprozeß in geschichtlicher Entwickelung bis auf Justinian, §. 178, S. 535 — 539. Schraderi notae ad §. 33—35. J. de actionibus (4. 6.) p. 663 sq. und ad §. 10. J. de exceptionibus (4. 13.) p. 714 sq.

zu fordern berechtigt ist. Der Sitz der Pluspetition ist nach den Ansichten der classischen Juristen nur die Intentio der Formula, welche alles, was der Kläger von dem Beklagten verlangt, enthält [2]), und daher als Grundlage des rem in iudicium deducere behandelt wird [3]); nicht die Demonstration derselben, außer inwiefern sie als directe Bedingung der Condemnation erscheint [4]), noch die Condemnation [5]). Allein auch nicht in allen Intentionen war eine Pluspetition möglich; wenigstens kam sie in den incertae formulae nicht vor, weil diese nur einen unbestimmten Anspruch in iudicium deducirten [6]). Eine dergleichen Uebertreibung der Forderung ist nach den Ansichten des Cajus [7]), welchem hierin die Justinianischen Institutionen folgen, in viererlei Weise möglich: re, tempore, loco, causa. Das erste ist der Fall, wenn Jemand statt der ihm geschuldeten Zehn vielmehr zwanzig verlangt [8]), oder wenn der, welcher nur theilweise Eigenthümer der geforderten Sache ist, dieselbe ganz oder zu einem größeren Theile, als sie ihm gehört, in Anspruch nimmt; das zweite, wenn Jemand entweder vor dem Eintritt des Zahltages oder der Suspensivbedingung, von welcher die Obligation abhängt, die Klage anstellt; das dritte, wenn Jemand nicht an dem bestimmten Zahlungsorte, sondern anderswo ohne Erwähnung des Zahlungsortes die Klage anstellt; das letzte, wenn statt des geschuldeten Genus eine Species verlangt [9]), oder bei alternativen Obligationen durch die Fassung der Intention dem Beklagten das ihm zustehende Wahlrecht entzogen wird. Die allgemeine Wirkung jeder Pluspetition war es zu den Zeiten der classischen Juristen, daß der Kläger den Prozeß verlor, und also gar nichts bekam [10]). Die Kunstausdrücke, mit welchen man diese Wirkung bezeichnete, sind causa cadere [11]), formula excidere [12]). Daß diese Wirkung des plus petere nicht eine positive, auf materielle Gründe gestützte Strafe war, sondern nur als ein bloßer Ueberrest des uralten, vielfach entscheidenden Einflusses des Formelwesens auf die materiellen Rechtsverhältnisse angesehen

---

2) Caius, inst. IV. §. 41, 53, 58, 60. §. 33. J. de actionibus. (4. 6.)

3) Caius, inst. IV. §. 131 u. §. 53—60. Vergl. Keller, über Litiscontestation und Urtheil nach classischem römischen Rechte, S. 246 flg.

4) Caius, inst. IV. §. 58—60.

5) Caius, inst. IV. §. 57 u. 68.

6) Cic. pro Roscio com. 4. Caius, inst. IV. §. 54. L. 1. pr. D. de interrogationibus in iure faciendis. (11. 1.)

7) So Caius, inst. IV. §. 53, und darnach die Institutionen IV. 6. §. 33. Vergl. Cod. Hermog. 5. 2. Paulli sent. rec. I. 10. Eusebius, homilia 11. de pascha.

8) Dieß heißt bei Paullus l. c. summa plus petere.

9) Dieß nennt Paullus l. c. qualitate plus petere.

10) Caius, inst. IV. §. 53, 68. Paulli sent. rec. I. 10. §. 1, II. 5. §. 3. Consultatio vet. iurecons. cap. 5. §. 33—35. J. de actionibus. (4. 6.)

11) Cic. de invent. rhet. 2. 19, de orat. I. 36. Paulli sent. rec. I. 10. §. 1, II. 5. §. 3. Vat. fr. §. 53. Caius, inst. IV. §. 68. Vergl. über diesen Ausdruck Keller a. a. O. S. 503.

12) Suet. Claud. cap. 14. Quinct. inst. orat. III. 6. §. 69. Vergl. über diesen Ausdruck Keller a. a. O. S. 504.

werden kann, geht nicht allein aus den oben genannten Kunstausdrücken hervor, sondern ergibt sich auch aus dem Umstande, daß die Pluspetition mit ihren Folgen schon zur Zeit, wo die Prozesse in der Form der Legisactionen abgesetzt wurden, vorkam[13]). Damit stimmt es überein, wenn in einer Stelle von Cajus[14]) die prozessualische Consumtion der Klage als Miturſache der Wirkungen der Pluspetition genannt, und von demselben Schriftsteller[15]) unsere Lehre nicht unter den eigentlichen poenae temere litigantium, sondern vielmehr bei Gelegenheit der formulae erörtert wird, so daß ihre Wirkung als nothwendiger Ausfluß und einfache Folge allgemeiner Grundsätze und Rechtssätze zu betrachten ist. Diese Wirkung konnte aber zu den Zeiten der classischen Juristen nicht durch die Gestattung einer exceptio geltend gemacht werden, da sie sich aus der Fassung der Intention von selbst ergab, mithin keinen erst von außen hinzutretenden Umstand enthielt, dergleichen jede Exception zu ihrer Begründung verlangt. Diese Grundsätze blieben auch in Giltigkeit, seitdem die Prozesse nicht mehr durch die Conception von formulae instruirt, sondern die sogenannten extraordinaria iudicia, in welchen der Magistrat den Prozeß in eigner Person leitete und entschied, zur Regel erhoben wurden. Es beruht indeß auf einer späteren Verordnung von Zeno, welcher auch Kaiser Justinian seine Zustimmung gegeben, daß, wer der Zeit nach zu früh geklagt hat, nach Verdoppelung des Zeitraums, welchen er durch seine Klage anticipirt, und ohne daß für die Zwischenzeit Zinsen gefordert werden können, abermals klagen könne, freilich nach Ersatz der dem Beklagten aus dem früheren Prozesse erwachsenen Kosten[16]). Für die übrigen Fälle der Pluspetition ist durch eine Justinianische Constitution festgesetzt worden, daß der dem Beklagten durch den früheren Prozeß verursachte Schaden, z. B. wegen des höheren Sportelansatzes, dreifach vom Kläger vergütet werden müsse[17]), natürlich unter Einrechnung des Schadens in das Dreifache[18]), weßhalb dem benachtheiligten Beklagten auch eine ex lege condictio zugestanden wird[19]). Durch diese Verfügungen scheinen allerdings die strengen Wirkungen der alten Pluspetition bedeutend gemildert zu sein. Denn in den früheren Zeiten ging nicht allein die angestellte Klage bei der Pluspetition für den Kläger verloren, sondern es war ihm auch wegen der prozessualischen Consumtion unmöglich, dieselbe Forderung noch in einem späteren Prozesse geltend zu machen, da diesem stets die Einrede des gefällten Urtheiles entgegenstand. Die zuerst genannte Wirkung blieb nun zwar auch im Justinianischen Rechte beste-

---

13) Cic. de orat. I. 36. Vielleicht gehört hierher auch Plaut. Mostell. act. III. sc. 1. vs. 120 sq.

14) Inst. IV. §. 57.

15) Inst. IV. §. 53—60.

16) L. 1. u. 2. C. de plus petitionibus. (3. 10.) Es sind leges restitutae. Vergl. Witte, die leges restitutae des Justinianischen Codex, S. 163—166. §. 33 u. 34. J. de actionibus (4. 6.) §. 10. J. de exceptionibus. (4. 13.) ibique Theoph. ed. Reitz tom. II. p. 881.

17) L. 2. §. 2. C. 3. 10. §. 24. u. 33. J. 4. 6.

18) §. 24. J. 4. 6.

19) §. 24. J. 4. 6.

hen (denn daß die angestellte Klage abgewiesen werde, setzte die Zeno'sche und Justinianische Constitution gleichmäßig voraus); allein die andere Wirkung ist seitdem als aufgehoben zu betrachten, da die Zeno'sche Constitution bei der pluspetitio tempore die Nachklage unter gewissen Bedingungen ausdrücklich erlaubte [20]), und die Justinianische Constitution für alle anderweiten Pluspetitionen dieß vorauszusetzen scheint [21]). — Aus dem Gesagten ergibt sich zur Genüge, daß auch nach Justinianischem Rechte nicht eigentlich von einer exceptio plus petitionis die Rede sein kann. Selbst im Fall der pluspetitio tempore nicht, da das Anführen des Beklagten, der Kläger klage vor der Zeit, wenigstens nicht die gewöhnliche Wirkung der Exception hat, daß nämlich, wenn sie bewiesen wird und in Folge derselben die Absolution erfolgt, die Nachklage unmöglich gemacht wird. Daß aber ein solches Anführen im neueren Rechte in die Form der Exception gekleidet werden konnte, dafür scheint die Erwähnung der Zenonianischen Constitution im Institutionentitel de exceptionibus zu sprechen [22]). Jedenfalls wird man auch im heutigen Rechte dieses Anführen als Einrede betrachten können, und insofern spricht man heutzutage von einer exceptio nondum natae actionis, welche nur ein anderer Name für die exceptio plus petitionis tempore ist. Seitdem nun auch die Vorschrift Zeno's abgekommen ist, daß, wer zu früh klagt, zweimal so lange, als er zu früh klagt, warten müsse, ehe er eine neue Klage einreichen darf, kann der Exception nur die Wirkung beigelegt werden, daß die gegenwärtige Klage abgewiesen, und die spätere Klage nach Ablauf der festgesetzten Zeitfrist zugelassen wird.

**Exceptio praeiudicialis** [1]), auch praeiudicii, heißt in der Kunstsprache der neueren Rechtsgelehrten die Einrede, welche der Beklagte zur Abwendung der Condemnation vorschützt, wenn er dadurch in Schaden kommt oder zu kommen fürchtet, daß in zwei verschiedenen Sachen dieselbe factische Frage zur Entscheidung kommt, d. h. in Folge desselben Factums zwei verschiedene Prozesse entstehen, also der Richter der ersten Sache die zweite ganz oder theilweise zugleich mit entscheidet, mithin dem Richter derselben eine Entscheidungsnorm an die Hand gibt, die dieser entweder befolgen muß oder wenigstens zu befolgen geneigt sein möchte. Solche Sachen nennt man nach einem, schon den Römern bekannten

---

20) L. 1. C. 3. 10. §. 33. J. 4. 6. §. 10. J. 4. 13.

21) L. 2. C. 3. 10. §. 24. J. 4. 6. Vergl. Schrader ad Iust. instit. p. 668 B.

22) §. 10. J. 4. 13.

1) Literatur: Raevard, de praeiudiciis libri II. (Brug. 1560, 8.) und in opusc. p. 810—867. Savigny, de concursu delictorum formali (Marb. 1800, 8.), §. 13—15. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 6, S. 512—516. Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses (Berlin 1827), S. 123—128. Zimmern, der römische Civilprozeß, §. 96, S. 297—301. — In den römischen Rechtsquellen wird die Einrede gewöhnlich nur mit exceptio mit dem Zusatz ihres Inhaltes bezeichnet. Vergl. Cic. de invent. rhet. 2. 20. L. 13. 16. 18. D. de exceptionibus. (44. 1.) L. 25. §. 17. D. de hered. pet. (5. 3.)

Sprachgebrauche praeiudicia (Präjudicialſachen)[2]), zu deren Begriffe Identität der Perſonen in beiden Prozeſſen keineswegs erforderlich iſt. Die Ordnung, nach welcher ſolche präjudicielle Sachen unterſucht werden ſollen, wird durch folgende zwei Regeln beſtimmt: 1) wenn dieſelbe Frage den ausſchließenden Inhalt beider Sachen ausmacht, ſo ſoll die größere (maior causa) zuerſt entſchieden und dadurch der kleineren präjudicirt werden, nicht aber umgekehrt [3]). Als die größere gilt aber jede einer beſonderen Jurisdiction untergebene Sache, wie die fiscaliſchen [4]), Centumviral- [5]) und Criminalſachen [6]) im Gegenſatz der gewöhnlichen Privatklagen, und auch jede causa existimationis neben einer blos pecuniären Sache [7]). Dieſe Regel iſt nicht ſowohl durch die ſpecielle Verfügung eines Geſetzes begründet worden, ſondern hat ſich vielmehr durch den Einfluß des prätoriſchen Edictes [8]) und der Doctrin gebildet, wenn ſchon ſpäterhin auch manche Senatsbeſchlüſſe die Allgemeingiltigkeit derſelben anerkannten [9]). 2) Wenn dieſelbe Frage in dem einen Prozeſſe als Incidentpunkt erſcheint, in dem anderen aber den ausſchließenden Gegenſtand des Rechtsſtreites bildet, ſoll die letztere zuerſt unterſucht und entſchieden werden. Sehr natürlich, da der geſammte Inhalt dieſer Sache für jene entſcheidend, präjudiciell iſt, in jener aber manche Thatſachen unterſucht werden müſſen, die für dieſe nicht von Einfluß ſind. So ſoll, wenn mit der confeſſoriſchen Klage wegen einer Prädialſervitut die Vindication des praedium dominans concurrirt, die letztere zuerſt angeſtellt werden [10]); eben ſo geht in der Concurrenz der Vindication mit der Theilungsklage oder der Condiction auf die Früchte des ſtreitigen Grundſtückes jene Klage dieſer vor [11]); auch kommt die status quaestio vor anderen Klagen zur Entſcheidung, welche von ihr abhängig ſind [12]); einem Teſtamente ſoll nicht dadurch

---

2) Praeiudicium iſt nach Asconius in Cic. divin. c. 4. res, quae, cum statuta fuerit, affert iudicaturis exemplum, quod sequantur. Vergl. Quinctiliani inst. orat. V. cap. 2. Ueber andere Bedeutungen des Wortes ſiehe Savigny l. c. §. 13—15.

3) L. 54. D. de iudiciis. (5. 1.) L. 4. C. de ord. iudiciorum. (3. 8.)

4) L. 35. D. de iure fisci. (49. 14.) Die Stelle ſpricht zwar zunächſt nur von einer Erbſchaft, welche von zwei Privaten, von dem einen aber im Namen des Fiscus in Anſpruch genommen wird; allein der für die Entſcheidung hinzugefügte Grund ne publicae causae praeiudicetur iſt allgemein.

5) L. 12. pr. C. de petitione hereditatis. (3. 31.)

6) Cic. de invent. rhet. II. 20. L. 7. §. 1. D. de iniuriis. (47. 10.) L. 4. D. de publ. iudiciis. (48. 1.) L. 2. §. 1. D. vi bonorum raptorum. (47. 8.) L. 23. §. 9. D. ad legem Corneliam. (9. 2.) L. 3. §. 6. D. de tabulis exhibendis. (43. 5.)

7) L. 104. D. de diversis regulis iuris. (50. 17.)

8) Cic. de invent. rhet. II. 20.

9) L. 12. pr. C. 3. 31.

10) L. 16. D. de exceptionibus. (44. 1.)

11) L. 18. D. 44. 1.

12) L. 3. §. 8 u. 11. D. de Carboniano edicto. (37. 10.) L. 2. C. de ordine iudiciorum. (3. 8.) L. 24. pr. §. 1—4. D. de lib. causa. (40. 12.) L. 1—7. C. de ordine cognitionum. (7. 19.) L. 31. C. de liberali causa. (7. 16.) L. 10. C. de iniuriis. (9. 35.) L. 6. D. si quis ingenuus esse dicatur. (40. 14.) L. 42. pr. D. de noxalibus actionibus. (9. 4.)

präjudicirt werden, daß Jemand als Erbe zuerst eine einzelne Sache vindiciren wollte[13]); oder wenn Jemand auf den Grund eines Testamentes eine einzelne Sache oder die im Testamente ertheilte Freiheit fordert, während die Giltigkeit des Testamentes selbst in Frage kommen soll[14]); endlich geht die Erbschaftsklage der Erbtheilungsklage vor, wenn der beklagte Besitzer leugnet, daß der Kläger Miterbe sei[15]), was nur als eine Folge des allgemeinen Grundsatzes gelten kann, daß nichts geschehen dürfe, was für die Erbschaftsklage eine Vorentscheidung herbeiführen könne[16]). Diese Grundsätze, welche zur Zeit der classischen Juristen bereits feststanden, sind auch nach der Aufhebung des Formularprozesses noch in Giltigkeit verblieben. Indeß war die Anwendung dieser Regeln im concreten Falle mannigfachen Schwierigkeiten und Bedenklichkeiten unterworfen; namentlich war man schon von Alters her dazu geneigt, die auf Schadenersatz gerichtete, also nicht vorzugsweise das Delict selbst rügende Civilklage vor der Criminalklage zur Entscheidung kommen zu lassen[17]), bis zuletzt Gratian den Grundsatz selbst, daß gerade die Criminalsache zuerst zu erörtern sei, fast ganz aufgehoben hat, mit Ausnahme des iudicium de moribus, welches vor der peinlichen Anklage wegen Ehebruches angestellt diese nach den Regeln der Klagenconsumtion unmöglich macht[18]): eine Verfügung, welche mit Ausschluß der gedachten Ausnahme auch in den Justinianischen Codex als geltendes Recht aufgenommen worden ist[19]). Auch ist der Grundsatz, daß der hereditatis petitio durch keine andere Klage präjudicirt werden dürfe, durch eine Constitution Justinian's gewissermaßen modificirt worden, indem zunächst für Klagen wegen testamentarischer Vermächtnisse, wenn der Erbschaftsbesitzer die Erbschaftsklage bereits suscipirt oder wenigstens zu fürchten hat, es bei dem Alten gelassen wird, weil der testamentarische Erbe durch die Cautionen hinlänglich gedeckt sei[20]); eben so wenig persönliche Klagen aus Leih-, Niederlegungs- und Pfandcontracten des Verstorbenen in Rücksicht auf die bevorstehende Erbschaftsklage verschoben werden sollen, da es späterhin Sache des Erbschaftsbesitzers und des Erbnehmers ist, sich in dieser Beziehung auseinanderzusetzen[21]); und endlich nur in Bezug auf die im Testamente

---

13) L. 13. D. 44. 1.

14) L. 5. §. 2. D. de petitione hereditatis. (5. 3.) L. 7. pr. u. §. 1. D. ibid. L. 25. §. 17. D. 5. 3. L. 32. §. 10. D. de receptis. (4. 8.) L. 12. C. de petitione hereditatis. (3. 31.)

15) L. 1. §. 1. D. familiae herciscundae. (10. 2.)

16) L. 5. §. 2. D. 5. 3. Caius, inst. IV. §. 133.

17) L. 15. D. de accusationibus. (48. 2.) L. 27. D. de act. rerum amot. (25. 2.) L. 23. pr. D. de fideicommissariis hereditatibus. (40. 5.) L. 7. §. 1. D. de iniuriis. (47. 10.) L. 4. D. de publ. iudiciis. (48. 1.) L. 2. §. 1. D. vi bon. rapt. (47. 8.) L. un. Th. C. victum civiliter agere et criminaliter posse. (9. 20.)

18) Vergl. Jac. Gothofr. ad L. un. Th. C. 9. 20. ed. Ritter tom. III. p. 184 sq.

19) L. un. Iust. C. quando civilis actio criminali praeiudicet. (9. 31.)

20) L. 12. pr. C. 3. 31.

21) L. 12. §. 1. C. 3. 31.

ertheilten directen und fideicommissarischen Freilassungen verordnet wird, daß man auf den Austrag der Erbschaftsklage nur ein Jahr lang, vom Tode des Erblassers an gerechnet, warten solle, so daß, die Richtigkeit des Testamentes vorausgesetzt, die directen Freilassungen nach dem Ablauf dieser Zeit aus Begünstigung der Freiheit sofort in Wirkung treten, die fideicommissarischen aber von da an giltiger Weise erzwungen werden können [22]), gleichviel, welchen Ausgang die bereits während jener Zeitfrist angestellte oder noch künftig zu fürchtende Erbschaftsklage nehmen wird. In allen den Fällen nun, wo der Beklagte aus der früheren Entscheidung einer der concurrirenden Rechtssachen einen Nachtheil für die der folgenden präjudicieller Weise zu befürchten hatte, stand ihm die Präjudicialeinrede zur Seite, um zu verlangen, daß die wichtigere Sache zuerst entschieden oder aber aus dem vorliegenden Prozesse, was Incidentpunkt ist, ausgesondert und in einem besonderen Verfahren zuvörderst untersucht werde. Doch hängt dieß nur von seiner Willkür ab; denn, wenn er die Einrede nicht gebraucht, so wird der natürliche Gang des Prozesses nicht gehemmt, auch die Incidentfrage nur als solche, d. h. im Laufe dieses Prozesses untersucht und entschieden, und dieß selbst dann, wenn der Prozeßrichter seiner beschränkten Jurisdiction halber nicht gerade über den Gegenstand, welcher den Incidentpunkt bildet, hätte ein Urtheil fällen dürfen [23]). Eine Ausnahme tritt nur dann ein, wenn die Präjudicialsache eine geistliche Sache ist, z. B. eine Ehesache, welche auf die Entscheidung einer Erbschaftsstreitigkeit Einfluß hat; denn dann soll sie nach den Vorschriften des katholischen Kirchenrechtes dem geistlichen Richter zur Entscheidung überlassen werden [24]), und der weltliche Richter ist das bei dem geistlichen Gerichte ergangene Urtheil in der Hauptsache zu befolgen schuldig [25]): eine Verordnung, deren praktische Giltigkeit indeß von manchen Lehrern des protestantischen Kirchenrechtes in Abrede gestellt wird [26]). Waren beide Sachen bereits anhängig, so fällt die Einrede weg, und es bleibt dem Richter von selbst überlassen, den Ausgang der ersteren abzuwarten [27]). — Die Formel, in welcher unsere Einrede concipirt wird, wird von Cicero [28]) in Anwendung auf die quaestio de sicariis so angegeben: extra quam in reum capitis praeiudicium fiat;

---

22) L. 12. §. 2. C. 3. 31.

23) L. 1. C. de ord. iudic. (3. 8.) L. 3. C. ibid. Vgl. L. 4. §. 4. D. finium regundorum. (10. 1.) Auch das Kirchenrecht bestätigt diese Grundsätze, falls bei einem geistlichen Gerichte eine Civilsache als Incidentpunkt einer geistlichen vorkommt. Vergl. cap. 2. X. de coni. serv. (4. 9.) Cap. 1. X. qui filii sint legitimi. (4. 17.) Cap. 3. X. de donation. inter virum et uxorem. (4. 20.)

24) Cap. 3. X. de ordine cognitionum. (2. 10.) Cap. 5. X. qui filii sint legitimi. (4. 17.)

25) Cap. 2. in VI. de exceptionibus. (2. 12.)

26) Vergl. Böhmer, ius ecclesiasticum Protestantium, lib. II. tit. 2. §. 27. tom. I. p. 1001.

27) L. 13. D. de exceptionibus. (44. 1.) L. 24. §. 3 u. 4. D. de liberali causa. (40. 12.) L. 32. §. 10. D. de receptis. (4. 8.)

28) Cic. de inv. rhet. II. 20.

bei den classischen Juristen lautet sie etwas verschieden, in Anwendung auf die Erbschaftsklage, quod praeiudicium hereditati non fiat [29]), oder vollständiger si in ea re, qua de agitur, praeiudicium hereditati non fiat [30]), in Rücksicht der Eigenthumsklage quod praeiudicium praedio non fiat [31]), oder quod praeiudicium fundo partive eius non fiat [32]). Diese Verschiedenheit erklärt sich einfach aus der bei Cajus [33]) sich vorfindenden Nachricht, daß die Einrede im früheren Rechte eine zu Gunsten des Beklagten stattfindende praescriptio gewesen und mit den Worten ea res agatur si praeiudicium hereditati non fiat concipirt worden sei; zugleich bezeugt derselbe Schriftsteller, daß zu seinen Zeiten diese Präscription abgekommen und als Exception behandelt wurde. Nach diesen Bemerkungen über die Exceptionsformel steht es wohl nicht füglich zu bezweifeln, daß unsere Einrede von den römischen Juristen als eine exceptio rei cohaerens angesehen worden ist, wenn schon die Justinianischen Rechtsquellen dieß nicht ausdrücklich berichten, und daß, wer von derselben Gebrauch machte auch den Beweis derselben zu führen hatte. Dieser Beweis mußte aber nicht allein darauf gerichtet werden, daß ein anderer Prozeß über dieselbe Frage für den Beklagten zu fürchten war, und daß dieser als eine causa maior im oben erörterten Sinne angesehen werden mußte, sondern auch darauf, daß durch den Einfluß, welchen die Urtheilssprechung im jetzigen Prozesse auf die Entscheidung des folgenden haben dürfte, für den Beklagten ein Schade zu erwarten stand.

In denjenigen Fällen, wo die Einrede wegen eines Präjudicialpunktes im vorliegenden Prozesse gebraucht wird, hat sie viel Aehnlichkeit mit der exceptio deficientis legitimationis ad causam, weßhalb beide Einreden auch von Vielen für identisch erklärt werden. Gleichwohl ist der Unterschied beider Rechtsmittel nicht zu verkennen. Denn durch die exceptio praeiudicialis erregt der Beklagte dem Kläger über jenen Incidentpunkt einen neuen selbstständigen Prozeß, dessen ausschließender Inhalt derselbe wird. Er bestreitet ihm sein Erbrecht, sein Eigenthum, seinen Status, und hierüber muß nun als über eine selbstständige Sache förmlich verhandelt und durch ein besonderes Urtheil entschieden werden. Dann erst kann von der zweiten Sache die Rede sein. Die Legitimation zur Sache hingegen kann häufig gar nicht Gegenstand eines selbstständigen Prozesses sein, und wo sie es auch sein könnte, wird sie wenigstens nicht durch die Vorschützung der exceptio deficientis legitimationis dazu gemacht; sie bleibt Incidentpunkt dieser Sache, der aber vor allen übrigen Punkten untersucht und interlocutorisch entschieden werden soll. Freilich ist er immer ein Präjudicialpunkt, d. h. eine Thatsache, von der die ganze Sache abhängt. Allein deren vorläufige Entscheidung hat das römische Recht nirgends geboten und konnte es in der That nicht gebieten, da der Begriff ganz

---

29) Ulpian in L. 13. D. 44. 1. u. L. 25. §. 17. D. de hereditatis petitione. (5. 3.)
30) L. 1. §. 1. D. familiae herciscundae. (10. 2.)
31) L. 16. D. 44. 1.
32) L. 18. D. 44. 1.
33) Inst. IV. §. 133.

schwankend ist, oder doch jede Thatsache des Klagegrundes mit gleichem Rechte präjudiciell genannt werden und deßhalb auf denselben Vorzug Anspruch machen könnte.

**Exceptio procuratoria** heißt im römischen Prozesse die Einrede, welche dem Kläger entgegengesetzt wird, wenn derselbe eine zur Stellvertretung unfähige Person zu seinem Procurator behufs der Führung eines Prozesses ernannt hat, oder selbst des Rechtes ermangelt, einen solchen zu ernennen [1]), oder der ernannte Procurator seines Auftrages halber sich nicht gehörig legitimirt [2]). Sie kommt nicht allein bei Actionen und Interdicten, sondern auch bei prätorischen Stipulationen vor [3]). Für die Geschichte dieser Exception steht so viel fest, daß sie zu den Ciceronianischen Zeiten noch nicht vorkommen konnte, weil damals Stellvertretung im Prozesse nur durch Cognitoren zulässig war [4]), und die Procuratoren nur als allgemeine Geschäftsführer der Abwesenden erschienen, welche wenigstens noch nicht zu einem bestimmten Prozeß beauftragt waren [5]). Im ersten Jahrhundert nach Christus war das Prozessiren durch Procuratoren bereits eine gewöhnliche Sache, und Quinctilian gedenkt der exceptiones procuratoriae an mehr als Einem Orte [6]). Wer als Procurator von Seiten des Klägers in den Prozeß eintrat, nahm die Intention aus der Person seines Machtgebers her und stellte die Condemnation auf sich [7]), und dieß ist der Grund, warum durch die Litiscontestation, welche die Formula feststellte, das Dispositionsrecht über den Prozeß des sogenannten dominium litis auf ihn überging. — Die Gründe, aus welchen Jemandem untersagt wird, die Procuratur zu übernehmen, sind dem Edicte des Prätors entnommen, und den Gründen, welche Jemand hindern, Cognitor zu sein, analog [8]). Nach dem classischen Pandektenrechte gehörten dahin alle die, welche mit der Infamie behaftet waren [9]), was freilich in dem Justinianischen Rechte aufgehört hat, da Justinian erklärt, daß procuratoriae exceptiones aus diesem Grunde bereits durch die Praxis abgekommen seien, und dieselben deßhalb auch in der Theorie aufgehoben wissen will [10]), aber vom Kirchenrechte wieder her-

---

1) L. 2. §. 4. D. de except. (44. 1.) L. 6. D. de novi operis nuntiatione. (39. 1.) §. 11. J. de exceptionibus. (4. 13.) L. 19. §. 2. D. de probat. (22. 3.) L. 29. §. 4. D. mandati. (17. 1.) L. 39. §. 3. D. de damno infecto. (39. 2.)

2) L. 62. D. de procuratoribus. (3. 3.) L. 23. D. ratam rem. (46. 8.)

3) L. 39. §. 3. D. 39. 2.

4) Cic. pro Roscio comoedo c. 11 u. 18.

5) Cic. pro Caecina 20. Vgl. Ed. Huschke, excurs. ad Cic. pro Tullio cap. 17. in Analecta litteraria p. 283 sq.

6) Quinctil. instit. orat. IV. 4. §. 6, VII. 1. §. 19 u. 20.

7) Caius, inst. II. §. 39, IV. 55. 86. Theoph. paraphr. inst. IV. 10. §. 2. ed. Reitz tom. II. p. 863. L. 9. C. de procuratoribus. (2. 13.)

8) Vat. fr. §. 322, 323.

9) Vat. fr. §. 324. Paulli sent. rec. I. 2. §. 1. L. 1. §. 5 u. 8. D. de postulando. (3. 1.) §. 11. J. de exceptionibus. (4. 13.)

10) §. 11. J. 4. 13. Vgl. dazu Schrader p. 717, und Marezoll, über die bürgerliche Ehre, S. 215—217.

gestellt worden ist[11]); ferner Soldaten[12]), außer wenn sie zu Procuratoren zum eigenen Vortheil bestellt wurden[13]), oder um Sachen ihres Regimentes auszuführen[14]), oder endlich, wenn sie in einem Freiheitsprozesse für nahverwandte Personen interveniren[15]), was zunächst in Rücksicht auf das Gemeinwohl angeordnet worden ist[16]), und daher auch nicht unter ausdrücklicher Einwilligung des Gegners abgeändert werden kann, es müßte denn die Vorschützung der procuratoria exceptio zur Zeit der litis contestatio aus irgend einem Grunde unterlassen worden sein[17]); auch Sclaven konnten nicht Procuratoren sein[18]), und, wenn sie freigelassen wurden, um Procuratoren ihrer Herren zu werden, mußten sie wenigstens das 17. Jahr zurückgelegt haben[19]). Ueberhaupt können Minderjährige nach römischem Rechte erst, wenn sie das siebzehnte Jahr vollendet und das achtzehnte angefangen haben, für Andere vor Gericht auftreten[20]), während das Kirchenrecht diese Fähigkeit allen Minderjährigen entzieht[21]); auch Blinden und Tauben ist es untersagt vor dem Prätor zu erscheinen[22]); Frauen konnten zwar in ihren eigenen Angelegenheiten unbeschränkt vor dem Magistrate auftreten[23]), allein in fremden Angelegenheiten nicht Procuraturen übernehmen[24]), da man dieß als ein den Männern reservirtes Recht betrachtete[25]) und annahm, daß es gegen das den Frauen inwohnende sittliche Gefühl (pudicitia sexui congruens) streite, wenn sie sich in fremde Prozesse mischten[26]). Nur dann wurde ihnen ausnahmsweise gestattet fremde Ansprüche im Gerichte geltend zu machen, wenn sie ein mandatum in rem suam erhielten[27]); oder für ihre Eltern, wenn diese nicht selbst im Stande sind ihre Angelegenheiten zu besorgen, weil sie durch Alter oder Krankheit daran verhindert werden, auch sich sonst

---

11) C. 1. u. 2. caus. III. qu. 7.

12) L. 8. §. 2. D. de procurat. (3. 3.) L. 54. pr. D. ibid. L. 7. 9. u. 13. C. 2. 13. L. 5. C. de cond. ob causam datorum. (4. 6.) L. 31. C. de locato. (4. 65.) Die ihnen entgegenstehende procuratoria exceptio heißt in L. 13. C. 2. 13. praescriptio militiae. Vergl. §. 11. J. de exception. (4. 13.)

13) L. 8. §. 2. D. 3. 3. L. 9. C. 2. 13. In eignen Sachen können sie gerichtlich auftreten. L. 9. C. 2. 13. L. 8. §. 2. D. 3. 3. §. 11. J. 4. 13.

14) L. 8. §. 2. D. 3. 3.

15) L. 3. §. 1. D. de liberali causa. (40. 12.)

16) L. 7. C. 2. 13.

17) L. 8. §. 2. D. 3. 3. L. 13. C. 2. 13.

18) L. 6. C. de iudiciis. (3. 1.)

19) §. 5. J. quibus ex causis manumittere non licet. (1. 6.) L. 13. D. de manumissis vindicta. (40. 1.)

20) §. 7. J. 1. 6. L. 1. §. 3. D. de postulando. (3. 1.)

21) Cap. 5. §. 2. in VI. de procuratoribus. (1. 19.)

22) L. 1. §. 3 u. 4. D. 3. 1.

23) Paulli sent. rec. I. 2. §. 2. L. 1. §. 5. D. 3. 1. L. 4. C. 2. 13.

24) L. 2. D. 50. 17. L. 54. D. 3. 3. L. 4. u. 18. C. 2. 13. L. 1. §. 5. D. 3. 1. §. ult. J. 4. 13.

25) L. 2. D. de reg. iuris. (50. 17.) L. 1. §. 5. D. 3. 1. L. 18. D. 50. 17.

26) L. 1. §. 4. D. 3. 1.

27) Paulli sent. rec. I. 2. 2. L. 4. C. 2. 13.

Niemand ihrer annimmt, und beides durch eine vorhergehende Cognition als richtig befunden wird[28]); oder in Prozessen für die Freiheit ihrer Kinder, Eltern, Brüder oder auch ihres Mannes, wenn sonst Niemand vorhanden ist, welcher dieß Geschäft übernehmen will[29]); oder für ihre Kinder, wenn sie gegen ein denselben nachtheiliges Urtheil Appellation einlegen wollen[30]). Geistliche können sowohl nach römischem[31]) als nach dem Kirchenrechte[32]) nicht Procuratoren sein. Von Mönchen ist das Gleiche zweifelsohne anzunehmen[33]). Endlich, wer einer Criminalunterſuchung unterliegt, kann, bevor er seine Unschuld darthut, den Auftrag einen fremden Prozeß zu führen nicht übernehmen[34]). — Auch die Gründe, aus welchen Jemandem untersagt wird einen Procurator zu bestellen, sind dem prätorischen Edicte entlehnt[35]) und dem über die Cognitoren nachgebildet[36]). Unfähig waren nach dem classischen Pandektenrechte Alle, welche im eigenen Namen kein Klagerecht haben[37]), nach dem vorjustinianischen Rechte Alle, welche mit der Infamie behaftet waren[38]), schon deßhalb, weil es für einen Ehrenvorzug galt durch Procuratoren Prozesse erheben zu dürfen[39]), für welchen Fall Justinian freilich die sonst zustehenden procuratoriae exceptiones aufgehoben hat; auch Pupillen und Minderjährige, außer unter Beitritt ihres Vormundes[40]); Vormünder in Sachen ihrer Mündel, wenn sie die Procuratoren in eigener Person bestellen[41]); Taube und Stumme, wenn sie den Auftrag nicht auf irgend eine verständliche Weise zu ertheilen vermögen[42]); Rasende und Wahnwitzige, weil ihnen der Gebrauch ihres Verstandes fehlt; gerichtlich erklärte Verschwender, weil sie der Dispositionsfähigkeit über ihre eigenen Rechte ermangeln; Hauskinder können in eigenen Sachen nur dann Procuratoren bestellen, wenn ihr Vater abwesend ist und des Vaters Procurator die Sache nicht übernehmen will[43]); in Betreff ihres Sondergutes freilich steht ihnen eine ausgedehntere Befugniß Procuratoren zu bestellen zu, nämlich insoweit überhaupt ihr Dispositionsrecht über Klagerechte reicht; Frauen endlich durften zwar nach römischem Rechte, wie sie wollten, Procuratoren ernennen, allein heutzutage sind sie an den Orten, wo die Geschlechtscuratel eingeführt ist,

---

28) L. 41. D. 3. 3.
29) L. 3. §. 2. D. de liberali causa. (40. 12.)
30) L. 1. §. 1. D. de appellationibus recipiendis vel non. (49. 5.)
31) Nov. 123. cap. 6.
32) Cap. 2. u. 4. X. ne clerici vel monachi saecularibus. (3. 50.)
33) Nov. 123. cap. 6. Cap. 1. 3. 4. X. 3. 50.
34) L. 6. C. 2. 13.
35) L. 43. §. 1. D. de procuratoribus. (3. 3.)
36) Vat. fr. §. 322, 323.
37) L. 8. pr. D. 3. 3. L. 17. §. 20. D. de iniuriis et fam. lib. (47. 10.)
38) §. 11. J. 4. 13. Theoph. ibid. ed. Reitz tom. II. p. 883 u. 884.
39) L. 11. C. de iniuriis. (9. 35.)
40) L. 11. C. 2. 13.
41) L. 11. C. 2. 13.
42) L. 43. pr. D. 3. 3.
43) L. 8. pr. D. 3. 3.

dabei an die Einwilligung ihres Vormundes gebunden. Wurde ein crimen publici iudicii im Accusationsprozesse geltend gemacht, so war von Seiten des Klägers ein Procurator unzulässig [44]), und es galt nur als ein Vorrecht der illustres, daß sie, ihre Frauen und Kinder im Injurienprozeß zur Anstellung der Criminalklage einen Procurator bestellen konnten [45]). — In den römischen Rechtsquellen werden die procuratoriae exceptiones als dilatorische Einreden behandelt [46]), folglich mußten sie bereits vor der Litiscontestation vorgebracht werden, sonst kamen sie in Wegfall [47]), da sie nicht auf dem Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachgebracht werden konnten. Daß, wer sich einer solchen Einrede bediente, auch den Beweis derselben führen mußte [48]), einerlei, ob dieselbe sich auf die persönliche Unfähigkeit des Procurators oder auf die seines Machtgebers stützte, ist den allgemeinen Grundsätzen über Exceptionen angemessen. War die Einrede nicht vorgeschützt worden, so war der Beklagte seit der Litiscontestation unwiderruflich an den Procurator des Klägers gebunden [49]). Daß sie auch im heutigen Rechte noch vorkommen, kann keinem gegründeten Zweifel unterliegen; am meisten werden sie da von Einfluß sein, wo es sich um Abhilfe eines Mangels in der Legitimation handelt [50]), was im Fall mehrere zur Führung des Prozesses beauftragt sind, namentlich dann vorkommen kann, wenn die zweite Bevollmächtigung später geschah als die erste, wo dann der Auftrag des ersten Procurators als widerrufen erscheint [51]), oder von mehreren in solidum zu gleicher Zeit bestellten Procuratoren der Eine den Auftrag auszuführen bereits angefangen hat, wodurch alsdann die anderen dazu ebenfalls bestellten Procuratoren ausgeschlossen werden [52]), oder aber der Eine als Substitut des Anderen erscheint, wo dann natürlich der Substituirte erst dann eintreten kann, wenn der Instituirte stirbt oder sonst behindert ist den Auftrag zu vollführen [53]). In dieser Beziehung sind die exceptiones procuratoriae im gemeinen teutschen Prozesse zur exceptio deficientis legitimationis geworden, welche vom Gegner zu jeder Zeit im Prozesse angebracht werden kann. Auch kann der Richter unaufgefordert auf Berichtigung des Legitimationspunktes dringen, da es seine Pflicht ist Nullitäten vorzubeugen [54]).

---

44) L. 13. §. 1. D. de publicis iudiciis. (48. 1.)
45) L. 11. C. 9. 35.
46) §. 11. J. 4. 13.
47) L. 8. §. 2. D. 3. 3. L. 13. C. 2. 13.
48) L. 19. §. 2. D. de probationibus et praesumtionibus. (22. 3.)
49) L. 8. §. 2. D. 3. 3. L. 13. C. 2. 13.
50) L. 62. D. 3. 3. L. 23. D. 46. 8.
51) L. 31. §. 1 u. 2. D. 3. 3. Cap. 14. X. de procuratoribus. (1. 38.)
52) L. 32. D. 3. 3.
53) J. R. A. v. 1654, §. 100.
54) Martin, Lehrbuch des gem. teutschen Civilprozesses, §. 74. Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß (2. Ausg.), S. 157.

**Exceptio rei in iudicium deductae** [1]) heißt im vorjuſtinianiſchen Rechte die zerſtörliche Einrede, womit die in der Litisconteſtation liegende Novation in den Fällen, wo durch dieſelbe das Klagerecht nicht direct (ipso iure) aufgehoben wurde, ſondern auch nach der Litisconteſtation ſelbſtſtändig fortbeſtand, geltend gemacht wurde zum Zwecke der Abweiſung einer neuen Klage, welche zwiſchen denſelben Parteien daſſelbe Rechtsverhältniß, über welches die Litisconteſtation eingegangen worden, zur Sprache brachte. Es iſt nämlich ein Grundſatz des claſſiſchen Pandektenrechtes, daß jede Litisconteſtation das Rechtsverhältniß, welches die Grundlage der Klage bildet, auf directem Wege (ipso iure), oder auf indirectem Wege (per exceptionem) zerſtört und im gleichen Augenblicke eine neue Obligation erzeugt, welche an die Stelle der zerſtörten tritt und ihren Stoff der Hauptſache nach in ſich enthält, ſich aber von derſelben dadurch unterſcheidet, daß ihr Inhalt ſich auf die Verbindlichkeit des Beklagten bezieht, über das in iudicium deducirte Recht ein Urtheil fällen zu laſſen [2]). Eine directe und unmittelbare Zerſtörung des alten Rechtsverhältniſſes trat nur bei den iudicia legitima ein, welche eine in personam actio mit einer intentio in ius concepta enthielten. Auf dieſen Fall bezieht ſich das alte Rechtsſprüchwort: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere [3]), und von einer Nachklage konnte hier eben ſo wenig, als bei den Legisactionen die Rede ſein [4]); daher es hier auch in keiner Rückſicht unſerer Exception bedurfte. Eine indirecte und nur mittelbare Zerſtörung des alten Rechtsverhältniſſes trat bei den iudicia, quae imperio continentur ein, und in den iudicia legitima, wenn eine in rem actio angeſtellt war, oder eine in personam actio mit einer formula in factum concepta. Hier wird durch die Litisconteſtation nicht gerade die Grundlage der Actio, das Rechtsverhältniß, ſelbſt aufgehoben, ſondern dieſes dauert im rechtlichen Sinne fort und läßt daher die Erneuerung der Klage zu [5]). Man muß ſich dieß ſo denken, als ſei durch die Litisconteſtation auch hier eine neue obligatio condemnari oportere entſtanden, die aber nicht die alte Actio verſchlang, ſondern unabhängig von ihr fortbeſtand. Zwar wird dieſelbe nirgends namentlich erwähnt, aber die Analogie der res iudicata führt uns nothwendig zu dieſer Annahme, indem auch aus dem Urtheile in allen Arten von Fällen eine obligatio iudicatum facere oportere mit der actio iudicati entſpringt. Da nun aber auch in dieſen Fällen dem endlichen Erfolge nach die ſpäter angeſtellte Klage unwirkſam ſein ſollte, ſo ward dieß durch eine exceptio bewerkſtelligt, in welcher der Prätor den Juder inſtruirte, ſelbſt dann, wenn er den in der Actio benannten

---

1) Literatur: Keller, über Litisconteſtation und Urtheil nach claſſiſchem römiſchen Rechte, S. 82—126.

2) Caius, inst. III. §. 180, 181, IV. §. 106—108. Vat. fr. §. 263. L. 29. D. de novationibus et delegationibus. (46. 2.)

3) Caius, inst. III. §. 180.

4) Caius, inst. III. §. 181, IV. §. 107.

5) Caius, inst. III. §. 181, IV. §. 106 u. 107.

Klaggrund richtig finden ſollte, ausnahmsweiſe doch nicht zu condemniren, wenn es ſich zeigt, daß über dieſelbe Actio ſchon früher einmal ein Prozeß bis zur Litiscontestation geführt worden ſei. Dieſes iſt die exceptio rei in iudicium deductae. Darauf deutet nicht allein der Name derſelben, da in iudicium deducere in dem Sprachgebrauche der claſſiſchen Juriſten ſo viel heißt, als die Sache zum Gegenſtande eines iudicium machen, vor den Juder bringen, und namentlich auf den Inhalt der Intention bezogen wird, ſondern auch der in den beiden Hauptſtellen [6]), welche der Exception Erwähnung thun, vorkommende Parallelismus zwiſchen den beiden zerſtörenden Wirkungen, welche die Litiscontestation und das Urtheil in der einen Claſſe von Fällen auf directe Weiſe haben, auf der einen Seite, und den beiden exceptiones, rei in iudicium deductae und rei iudicatae als Organen einer der Grundidee nach gleichen indirecten Wirkung, die in der zweiten Claſſe von Fällen eintritt, auf der anderen Seite. Zugleich ergibt ſich, daß die beiden zuletzt genannten Einreden in den Fällen, wo ipso iure die urſprüngliche Klage ſtehen blieb, eine gleiche Sphäre hatten und nur dem Gegenſtande nach verſchieden waren, indem die zuerſt genannte Einrede dazu beſtimmt war, die Wirkung der Litiscontestation geltend zu machen; die zuletzt erwähnte Exception hingegen den Zweck hatte, die zerſtörende Wirkung des Urtheiles im concreten Falle geltend zu machen. Und ſo ſtellt ſich dann für das vorjuſtinianiſche Recht von ſelbſt die Regel heraus, daß die Conſumtion durch Prozeß von dem Augenblicke der Litiscontestation bis zu dem des Urtheiles einzig durch die exceptio rei in iudicium deductae, nachher aber nur durch die exceptio rei iudicatae geltend gemacht werden konnte. In den Juſtinianiſchen Rechtsquellen wird die exceptio rei in iudicium deductae nicht mehr erwähnt, wenn ſchon ſich manche Stellen der Pandektenjuriſten [7]) darauf zu beziehen ſcheinen. Wahrſcheinlich haben verſchiedene Gründe dazu beigetragen dieſe Einrede unpraktiſch zu machen, theils der Untergang des ordo iudiciorum, theils der geringe Gebrauch, welchen man von derſelben ſelbſt zur Zeit der claſſiſchen Juriſten machen konnte, endlich kommt namentlich hier der Umſtand in Betracht, daß dieſelbe durch die größere Ausdehnung, welche man der exceptio rei iudicatae ſpäterhin zugeſtand, im Gebrauche verdrängt und von derſelben gewiſſermaßen verſchlungen worden iſt.

**Exceptio rei iudicatae** [1]) iſt die zerſtörliche Einrede, womit der Inhalt eines bereits gefällten Urtheiles, wenn das Rechtsverhältniß, über welche es gefällt worden, unter denſelben Perſonen wiederum auf dem Wege der Klage zur Sprache gebracht wird, zum Zweck der Abweiſung der neuen Klage geltend gemacht wird. Die Bedingungen, an welche

---

6) Caius, inst. III. §. 180, 181, IV. §. 106, 107.

7) z. B. L. 5. D. 44. 2.

1) Literatur: Hübbe, de exceptione rei iudicatae. Jenae 1827. Keller, über Litiscontestation und Urtheil nach claſſiſchem römiſchen Rechte, S. 239—410.

dieſe Einrede geknüpft wird, ſind folgende: 1) es muß ein bereits gefälltes Urtheil vorliegen [2]). Fragt man, ob die Einrede auch aus condemnatoriſchen Urtheilen entſtehe, oder nur auf abſolutoriſche gegründet zu werden vermöge, ſo ſcheint es richtiger, ſich für die zuerſt genannte Meinung zu entſcheiden, wenn ſchon der zuletzt genannte Fall der gewöhnlichere geweſen ſein mag, auch von Theophilus [3]) bei der Erörterung des Weſens der Einrede ſpeciell berührt wird. Denn, daß dieſelbe auch auf condemnatoriſche Urtheile gegründet werden könne, ergibt ſich aus den Zeugniſſen der Pandektenjuriſten des Cajus, Ulpianus und Marcellus [4]), und dieß iſt namentlich da immer der Fall, wo die Einrede in den römiſchen Rechtsquellen dem ehemaligen Kläger zugeſchrieben wird. Streitig iſt es, ob auch noch der Fall zur Begründung der Einrede für tauglich erachtet werden könne, wo der Prozeß durch den iussus iudicis beendigt wird, wie dieß in den arbitrariae actiones geſchah [5]). Doch ſcheint nach der richtigeren Anſicht dieſer Fall gar nicht hierher zu gehören, da ja in demſelben der Prozeß nicht unmittelbar durch den iussus iudicis beendet ward, ſondern vielmehr erſt durch die Befolgung deſſelben von Seiten des Beklagten und die auf dieſe Thatſache gegründete Abſolution. 2) Es darf das vorliegende Urtheil das in ius deducirte Klagrecht, über welches es gefällt worden iſt, nicht ipso iure aufgehoben haben. Dieſes Erforderniß ergibt ſich aus der Natur der Exceptionen, welche bekanntlich nur im Nothfalle verwilligt wurden, aber im Falle der ipso iure aufgehobenen Klage als unnütze ſich darſtellten. Aus dieſem Umſtande ergibt ſich zugleich, daß in den früheren Zeiten die Anwendbarkeit der Exception beſchränkter war, als ſie nach der Darſtellung der Juſtinianiſchen Rechtsquellen erſcheint. In den legitima iudicia nämlich wirkte das richterliche Urtheil noch zu Cajus [6]) Zeiten eine völlige Aufhebung des durch die Litisconteſtation bereits novirten Klagrechtes, und es war demnach hier für unſere Einrede überall nicht Raum. Nur bei den in rem actiones, ingleichen den in factum conceptae formulae, und endlich in den iudicia, quae imperio continentur, blieb das frühere Klagrecht auch nach der Litisconteſtation und dem gefällten Urtheile ipso iure beſtehen, und deßhalb konnte nur in einem von dieſen Fällen die Einrede des gefällten Urtheiles ſtattfinden. Im Juſtinianiſchen Rechte, wo der Unterſchied der legitima iudicia und quae imperio continentur verſchwunden iſt, erſcheint unſere Einrede als das allgemeine Rechtsmittel, ein früheres Urtheil gegen die Nachklage geltend zu machen. 3) Das Object, welches durch die neu angeſtellte Klage einge-

---

2) L. 6. D. de exc. rei iud. (44. 2.) Theoph. ad. §. 5. J. de except. (4. 13.) ed. Reitz tom. II. p. 879.

3) L. c. tom. II. p. 879.

4) L. 15. D. 44. 2. L. 19. D. ibid. L. 30. §. 1. D. ibid. Vergl. Keller a. a. O. S. 223—229.

5) Vgl. Hübbe l. c. p. 53.

6) Caius, inst. III. §. 180, 181, IV. §. 106—108. Vgl. Keller a. a. O. S. 204 flg.

fordert wird, muß mit dem der bereits abgeurtheilten Klage identiſch ſein[7]). Doch iſt dieſe Identität nicht ſo ſtrenge zu nehmen, daß dadurch jede Veränderung des Stoffes, oder jede Verringerung der Quantität ausgeſchloſſen würde[8]). Bei Complexen von mehreren verſchiedenen Sachen, welche mit Einem Namen bezeichnet werden (den ſogenannten universitates facti), kommt demnach die Zahl der Einzelſtücken gar nicht weiter in Betracht[9]). In theilbaren Sachen gelten die Theile, aus welchen ſie beſtehen, für identiſch mit dem Ganzen, falls ſie Gegenſtand einer beſonderen Klage geworden ſind[10]), und es kommt dabei weiter gar nicht in Frage, ob eine reelle oder ideelle Theilung im concreten Falle vorliegt. 4) Der Rechtsgrund, welcher der bereits abgeurtheilten Klage zu Grunde lag, muß mit dem, auf welchen die neue baſirt wird, identiſch ſein[11]). Es ergibt ſich dieſes Erforderniß ſchon aus der Lehre von der prozeſſualiſchen Conſumtion, deren Gegenſtand hier nicht ſowohl die formelle Klage, ſondern das derſelben zu Grunde liegende materielle Rechtsverhältniß in ſeiner modificirten Natur eines Klagerechtes iſt. Als äußeres, formelles Kennzeichen, wornach man in jedem einzelnen Falle gleichſam ſinnlich wahrnehmen kann, was gerade in das Judicium deducirt worden iſt, erſcheint der Inhalt der Intention. Dabei kommt es aber nicht weiter in Betracht, ob die ſpäter angeſtellte Klage mit der früheren dem Namen nach identiſch iſt oder nicht[12]), und in den Fällen, wo aus demſelben Grunde Klage und Einrede zuſtehen, ſteht die exceptio rei iudicatae auch dann der angeſtellten Klage entgegen, wenn daſſelbe Rechtsverhältniß ſchon früher in einem anderen Prozeſſe auf dem Wege der Exception geltend gemacht und abgeurtheilt worden iſt[13]). Damit iſt indeß noch keineswegs im Allgemeinen geſagt, daß das fragliche Rechtsverhältniß in beiden Prozeſſen auch immer aus demſelben Entſtehungsgrunde abgeleitet ſein müſſe. Bei den Klagen, welche aus Obligationsverhältniſſen entſpringen, iſt freilich die Identität des Entſtehungsgrundes des Rechtsverhältniſſes erforderlich, wie ſich ſchon aus dem Weſen der Forderungen hinreichend ergibt. Denn jedes obligatoriſche Verhältniß wird durch ſeinen Entſtehungsgrund individualiſirt[14]), daher auch derſelbe entweder in der Intention ausdrücklich angegeben oder wenigſtens darin auf die in einem anderen Theile der Klagformel enthaltene Angabe deſſelben verwieſen wird. Bei dinglichen Klagen hingegen bedarf es dieſer Identität ſchon

---

7) L. 3. 5. u. 14. pr. D. de exceptione rei iudicatae. (44. 2.) L. 21. D. ibid. Vgl. Keller a. a. O. S. 260 flg.

8) L. 14. pr. D. 44. 2.

9) L. 21. §. 1. D. 44. 2.

10) L. 3. L. 7. L. 21. §. 2. L. 22. §. 3. D. 44. 2.

11) L. 3. L. 7. §. 4. L. 14. pr. §. 2. L. 27. D. 44. 2. Vgl. Keller a. a. O. S. 285—287.

12) L. 7. §. 4. D. 44. 2. L. 25. §. 1. D. ibid. L. 34. §. 1. D. de obligat. et act. (44. 7.)

13) L. 7. §. 1. D. de compensat. (16. 2.)

14) L. 14. pr. §. 2. D. 44. 2. L. 27. D. ibid. L. 18. D. de obligat. et act. (44. 7.) L. 93. §. 1. D. de leg. III. (32.) L. 28. §. 3. D. de lib. leg. (33. 3.)

deßhalb nicht, weil dingliche Rechte nicht durch ihren Entstehungsgrund individualisirt werden, daher auch in den Formeln der in rem actiones in der Regel nichts von dem Entstehungsgrunde erwähnt [15]), und das der Klage zu Grunde liegende Recht in seiner Allgemeinheit und nicht blos in Beziehung auf den Entstehungsgrund, aus welchem der Kläger dasselbe ableitet, in Judicium deducirt wird. Zwar kann dieß vom Kläger nach der gewöhnlichen Meinung dadurch vermieden werden, daß er sich von Anfang an auf einen bestimmten Entstehungsgrund seines Rechtes beruft und diesen in die Formel aufnehmen läßt, so daß nun der Gegenstand der Untersuchung, welcher den Inhalt der Intention, somit gerade das ausmacht, was in Judicium deducirt wird, durch die Formel selbst specialisirt erscheint [16]). Und dann würde, wie man auch gewöhnlich annimmt, die Identität des Entstehungsgrundes auch bei dinglichen Klagen mit expressa causa als eine nothwendige Bedingung für die Vorschützung der exceptio rei iudicatae gelten müssen. Allein die Zeugnisse der römischen Rechtsquellen [17]), auf welche man diese angebliche Ausnahme stützt, scheinen nach der richtigeren, von Puchta [18]) aufgestellten Erklärung diese Annahme nicht zu unterstützen; auch hat derselbe Gelehrte aus der Geschichte der Vindicationen bewiesen, daß dergleichen Reservationen in den in rem actiones den Römern zu allen Zeiten fremd waren; endlich dürfte das sogenannte praktische Bedürfniß, welches man zur Unterstützung der gewöhnlichen Meinung hat geltend machen wollen, nicht erheblich genug erscheinen, um jene Ausnahme zu begründen. Jedenfalls versteht es sich aber von selbst, daß, wenn der Kläger sich auf einen Entstehungsgrund seines Rechtes beruft, welcher in eine spätere Zeit fällt, als das frühere Urtheil, die fragliche Exception ausgeschlossen bleibt, ohngeachtet dieser Grund mit dem in der früheren Klage angegebenen identisch ist, da ja durch den Prozeß nur das Recht consumirt werden kann, welches existirt, nicht aber das, welches erst später entstanden ist [19]).

5) Der Rechtsgrund, welcher der früher angebrachten Klage zu Grunde lag, muß in derselben von dem Richter im Prozesse wirklich untersucht und beurtheilt worden sein. Am deutlichsten tritt dieß Erforderniß bei den dinglichen Klagen hervor, welche in der Person des Beklagten Besitz voraussetzen, oder wenigstens als Surrogat des Besitzes die ficta possessio. Es läßt sich hier also der Fall denken, daß, obgleich das in der Intention angegebene Recht dem Kläger wirklich zustände, dieser dennoch gänzlich abgewiesen würde. Ja, es muß dieß sogar immer eintreten, wenn

---

15) L. 14. §. 2. D. 44. 2. L. 11. §. 1 u. 5. D. ibid. L. 30. D. ibidem.

16) Vgl. Heffter, über die caussa adiecta seu expressa bei Vindicationen im rhein. Mus. für Jurisprudenz, Bd. 3, S. 222—238.

17) L. 11. §. 2. D. 44. 2. L. 14. §. 2. D. ibid.

18) Rheinisches Museum, Jahrgang 2, S. 251, und Jahrg. 3, S. 467 — 487.

19) L. 25. pr. D. 44. 2. L. 11. §. 4. L. 21. §. 3. D. ibid. L. 43. §. 9. D. de aedilicio edicto. (21. 1.) Vergl. Keller a. a. O. S. 292 — 294.

der Beklagte sich auf das Recht gar nicht einläßt, sondern sich blos auf das fehlende Besitzerforderniß beruft. Erfolgt nun in einem solchen Falle dieses Mangels halber die Absolution, so kann der Beklagte dem Gegner aus diesem Urtheile dennoch nicht die exceptio rei iudicatae entgegensetzen, wenn der erste späterhin den Besitz erhält und nun der letztere von neuem gegen ihn mit derselben Klage auftritt [20]). Und ganz eben so verhält es sich unter gleichen Voraussetzungen auch bei den persönlichen Klagen, welche an dieselben Besitzverhältnisse gebunden sind, wie z. B. die actio ad exhibendum [21]). b) Es müssen in beiden Prozessen dieselben Personen sein, damit die exceptio rei iudicatae stattfinden könne [22]). Fragt man nun, in welchen Verhältnissen müssen verschiedene in den beiden Prozessen auftretende Personen zu einander stehen, damit sie in dieser Beziehung als eine und dieselbe Person angesehen werden können, so kommen wir hier auf die Lehre von der Consumtion der Klage, und es läßt sich nach Anleitung der römischen Juristen [23]) die Frage weit einfacher so stellen: von wem und gegen wen wird die actio in iudicium deducirt? Fangen wir zunächst bei der Person des Klägers an und fragen wir, wer deducirt in Judicium, so ist die Antwort aus den Grundsätzen über die Repräsentation im Prozesse zu schöpfen. Zu den Zeiten, wo Cajus seine Institutionen [24]) schrieb, deducirte nur der Cognitor ins Judicium, nicht aber der Procurator; die exceptio rei iudicatae konnte damals nur dann stattfinden, wenn die actio das erste Mal vom dominus selbst oder von einem Cognitor in seinem Namen angestellt wurde. Tutoren und Curatoren standen in dieser Beziehung den Procuratoren ganz gleich. In den Vaticanischen Fragmenten [25]) findet sich eine Reihe von Stellen vor, zum Theil aus den Werken Papinian's, welche zwischen dem procurator absentis und praesentis unterscheiden, und von diesem die Regel aussprechen, er sei cognitoris loco. Zwar bleibt es dabei dem Anscheine nach immer noch zweifelhaft, ob derselbe auch darin dem Cognitor gleichstand, daß er, wie dieser, in Judicium deducirte; doch fällt es in die Augen, daß die Verfasser jener Stellen gerade dieß stillschweigend voraussetzten, wenn man den daselbst aufgestellten Satz, daß der procurator praesentis nicht de rato caviren müsse, mit den Gründen vergleicht, aus welchen Cajus jedem Procurator ohne Unterschied diese Caution auferlegt. Nach den in die Justinianischen Pandekten auf-

---

20) L. 17. D. 44. 2. L. 9. pr. D. ibid. Vergl. Keller a. a. O. S. 295—298.

21) L. 18. D. 44. 2. L. 8. D. rem ratam. (46. 8.)

22) L. 3. L. 7. §. 4. L. 1. D. 44. 2. L. 2. u. L. 4. C. quibus res iudicata non nocet. (7. 56.) L. 11. §. 3. u. L. 12. D. de iureiurando. (12. 2.) L. 31. D. de iudiciis. (5. 1.) L. 2. C. de except. (8. 36.)

23) L. 4. u. L. 11. §. 7. D. 44. 2.

24) Caius, inst. IV. §. 97—99. Ueber die scheinbar entgegenstehenden Stellen Justinian's L. 7. §. 2. D. de iur. fur. (27. 10.) u. L. 22. §. 8. D. 46. 8. vergl. Keller a. a. O. S. 335—349.

25) Vat. fr. §. 317, 331, 333. Vergl. Keller a. a. O. S. 307—310.

genommenen Stellen Papinian's[26]), Ulpian's[27]) und des Paulus[28]) müssen wir aber noch viel weiter gehen und behaupten, daß nicht nur der procurator praesentis, sondern auch jeder wahre Procurator überhaupt, d. h. jeder, welcher die Actio im Auftrage dessen, dem sie wirklich zusteht, anstellte, sie zu dieser Zeit auch wirklich in Judicium deducirt, so daß nachher dem Dominus sowohl als jedem, der damit in seinem Namen wieder auftritt, die exceptio rei iudicatae entgegensteht. Und noch mehr, es galt in dieser Beziehung auch die nachfolgende Ratihabition dem eigentlichen Mandate gleich, so daß auch die Durchführung der Klage durch einen ganz Unbefugten, wenn nur nachher der Dominus ratihabirte, die Consumtion und somit die exceptio rei iudicatae zur Folge hatte[29]). Dabei verstand es sich endlich von selbst, daß nun auch alle diejenigen Personen, welche kraft ihres Amtes eine Klage im Namen eines Anderen anstellten, wie der Tutor, der Curator und actor municipum, eben so in Judicium deducirten[30]). — Zur Beantwortung des anderen Theiles der oben aufgeworfenen Frage, d. h. gegen wen wird im Judicium deducirt, dient die in einer Pandektenstelle[31]) aufgestellte Regel, daß dießfalls nicht nur dieselben Personen, wie auf Seiten des Klägers, als vollgiltige Repräsentanten des Beklagten anerkannt und mit demselben als Eine Person betrachtet werden, sondern daß dem Cognitor, Procurator u. s. w. auch der bloße Defensor gleichsteht, welcher ohne allen Auftrag und zwar gleichviel, ob Ratihabition erfolgte oder nicht, den Prozeß anstatt des eigentlichen Beklagten auf sich nahm. Auch hat dieß gar nichts Auffallendes, denn der Kläger war durch die satisdatio iudicatum solvi, welche er in jedem Falle eines Stellvertreters von diesem selbst oder vom eigentlichen Beklagten erhielt, gegen allen möglichen Nachtheil auf das Vollständigste gedeckt[32]), und es wird daher die Uebernahme der Vertheidigung des Beklagten durch einen Dritten in einem gegen den zuerst genannten erhobenen Prozesse geradezu in den Pandekten als ein Liberationsgrund bezeichnet[33]). — Allein auch außer den Repräsentationsverhältnissen im Prozesse geht die Exception activ und passiv auf die Universalsuccessoren über, welche in die Rechte der einen von den Parteien eintreten, z. B. auf civilrechtliche und prätorische Erben; bonorum emtores und dergl. Singularsuccessoren erwerben die Exception ebenfalls

26) L. 66. D. de proc. (3. 3.)

27) L. 11. §. 7. D. 44. 2. L. 56. D. de iud. (5. 1.) L. 10. §. 2. u. L. 12. D. de pactis. (2. 14.) L. 27. pr. D. de procurat. (3. 3.) L. 23. D. de administr. et periculo tutorum. (26. 7.)

28) L. 17. §. 2. D. de iureiur. (12. 2.) Gleichzeitig sind die Rescripte von Alexander in L. 10. C. de procuratoribus (2. 13.) u. L. 1. C. quibus res iudicata non nocet. (7. 56.)

29) L. 56. D. 5. 1. vergl. mit L. 27. D. 2. 14. L. 10. C. 2. 13.

30) L. 11. §. 7. D. 44. 2. L. 17. §. 2. D. 12. 2. L. 23. D. 26. 7.

31) L. 11. §. 7. D. 44. 2.

32) Caius, inst. IV. §. 101. Vat. fr. §. 317. L. 14. D. qui satisdare cog. (2. 8.) L. 21. §. 3. D. ex quibus causis. (4. 6.)

33) L. 23. D. de solut. (46. 3.) L. 10. §. 1. D. de in rem verso. (15. 2.)

activ und paſſiv, wenn die Veräußerung nach dem erſten Urtheile geſchieht[34]). Ein Satz, welcher namentlich dann von Wichtigkeit wird, wenn die Exception dazu dient, um den poſitiven Inhalt eines gefällten Urtheiles condemnatoriſch geltend zu machen, und auch bei anderen Exceptionen, z. B. bei der exc. pacti[35]) und iurisiurandi[36]) geltend gemacht wird.

Aus den Erforderniſſen unſerer Einrede ergibt ſich von ſelbſt die Wahrheit des Satzes, daß ein zwiſchen beſtimmten Parteien gefälltes Urtheil dritten Perſonen, welche nicht in Identität der Perſon mit jenen ſtehen, weder ſchaden noch nützen könne[37]). Eine Regel, welche die römiſchen Rechtsgelehrten und Kaiſer nicht allein aus der Natur der Sache, ſondern auch aus kaiſerlichen Conſtitutionen herleiten[38]), und die neueren Juriſten bald mit den Worten: res iudicata ius facit inter partes, bald mit dem Axiom: res iudicata tertiis neque nocet neque prodest auszudrücken gewohnt ſind. Nur als eine nothwendige Folge dieſes Rechtsſatzes kann es gelten, wenn eine völlige Unabhängigkeit der Rechtsverhältniſſe und ihrer Verfechtung ſtatuirt wird zwiſchen Miterben[39]) und zwiſchen verſchiedenen Eigenthumsprätendenten, welche ihr Eigenthum nicht Einer von dem Anderen ableiten; und ſelbſt dann, wenn der Dritte von dem ſchwebenden Prozeſſe, deſſen Gegenſtand ihn ſo nahe berührte und deſſen Entſcheidung nothwendig auch die Anſicht des Richters über ſein eignes Recht ausſprechen mußte, gar wohl unterrichtet war, und dennoch ſtille ſchwieg und die eigentlichen Parteien den Streit ohne ſeine Mitwirkung ausfechten ließ, wird der oben erörterte Grundſatz feſtgehalten, außer wenn zwiſchen dem Litiganten, zu deſſen Nachtheil das Urtheil ausgefallen iſt, und dem Dritten ein Verhältniß beſteht, welches dieſen zur directen Theilnahme am Prozeſſe berechtigt und veranlaßt hätte, z. B. wenn der Dritte ſein fragliches Recht von dem einen Litiganten wirklich ableitet, und zu dieſem mithin als zu ſeinem Auctor ſich verhält[40]). Denn läßt ein ſolcher ſeinen Vormann den Streit über das Eigenthum an der fraglichen Sache wiſſentlich ausfechten, ohne ſelbſt daran Theil zu nehmen, ſo ſoll auch ihm nachher die exceptio rei iudicatae opponirt werden dürfen. Ausnahmen von dieſer Regel ſind: 1) wenn zwiſchen dem Inteſtat- und Teſtamentserben über das Erbrecht ein dem letzteren ungünſtiges Urtheil gefällt worden iſt, ſo ſteht dieſes Urtheil auch den Legataren und den im Teſtamente freige-

---

34) L. 9. §. 2. D. 44. 2. L. 11. §. 3. D. ibid. L. 25. §. 8. D. fam. herciſc. (10. 2.) L. 11. §. 9 u. 10. D. 44. 2. L. 28. u. 29. §. 1. D. ibid. L. 3. §. 1. D. 20. 1. Vergl. Keller a. a. O. S. 362—381. Umgekehrt kann die Exception nicht dem Vordermann entgegengeſetzt werden, wenn ſie aus einem gegen den Singularſucceſſor gefälltem Urtheile herrührt. L. 9. §. 2. D. 44. 2.

35) L. 17. §. 5. D. de pactis. (2. 14.) L. 14. §. 3. D. comm. divid. (10. 3.)

36) L. 7. u. 8. D. de iureiur. (12. 2.)

37) L. 63. D. de re iudicata. (42. 1.) Tit. Cod. quibus res iudicata non nocet. (7. 56.)

38) L. 63. D. 42. 1. L. 4. C. 7. 56.

39) L. 63. D. 42. 1. L. 5. pr. D. de appell. et relat. (49. 1.)

40) L. 4. §. 2—4. D. 49. 1. L. 63. D. 42. 1.

lassenen Sclaven entgegen [41]). Doch gilt dieß nur von dem Falle, wenn der Testamentserbe nach ordentlich geführtem Prozesse unterlag, nicht aber, wenn er sich durch ein Contumazurtheil oder durch Collusion mit dem Gegner die Erbschaft hat absprechen lassen [42]). Dabei versteht es sich aber von selbst, daß auch die Frage, an wen sich die Erbschaftsgläubiger als an ihren Schuldner zu halten haben, ganz nach dem Urtheile über das Erbrecht sich entscheidet [43]). 2) Bei Prozessen über Status und Familienrechte gilt nach der gewöhnlichen Meinung der Grundsatz, daß das Urtheil des Richters das Rechtsverhältniß der Person, über welche es gefällt worden ist, nicht allein in Bezug auf den jetzigen Gegner im Prozesse, sondern auch in Rücksicht auf jeden Dritten, der nicht im Prozesse betheiligt ist, normire [44]). Indeß bedarf es dabei des beschränkenden Zusatzes, daß auch nach dem Ingenuitätsurtheile wenigstens demjenigen, welcher sich das Patronat über das fragliche Individuum zuschreibt, die freie Verfolgung seines Rechtes unbenommen bleibt [45]), und daß dem, welcher über seinen prätendirten Sclaven den Freiheitsprozeß geführt und ein ungünstiges Urtheil erhalten hat, die Einrede des gefällten Urtheiles nicht entgegensteht, wenn er auf eine neue Erwerbung durch Successsion gestützt, denselben wieder vindicirt, eben so wenig, als einem Dritten, welcher Eigenthum an dem Sclaven verfolgen möchte [46]). Ob eine ähnliche Beschränkung bei Paternität und väterlicher Gewalt eintrat, darüber werden wir zwar nicht ausdrücklich in unseren Rechtsquellen belehrt, doch läßt sich auch für diese Rechtsverhältnisse solche um so unbedenklicher annehmen, als wenigstens von Seiten des Systems kein innerer Grund einer solchen Annahme entgegensteht. 3) Wenn eine actio popularis von Jemandem angestellt und ordentlich durchgeführt worden ist, so hat der Beklagte gegen Jeden, der dieselbe actio später anstellt, die Einrede des gefällten Urtheiles [47]). Es erklärt diese Ausnahme sich aus den Ansichten der römischen Rechtsgelehrten über die Natur solcher Klagen, welche dazu bestimmt sind, das Recht des Volkes als Ganzen zu vertheidigen [48]), mithin den Kläger als

---

41) L. 3. pr. D. de pignoribus. (20. 1.) L. 14. pr. u. §. 1. D. 49. 1. L. 50. §. 1. D. de legatis I. (30.) L. 8. §. 16. D. de inoff. test. (5. 2.) L. 17. §. 1. D. ibid. L. 6. §. 1. D. ibid. Vergl. Keller a. a. O. S. 382—391.

42) L. 17. §. 1. D. 5. 2. L. 50. §. 1. D. 30. L. 14. pr. u. §. 1. D. 49. 1.

43) L. 50. §. 1. D. 30. L. 15. §. 2. D. 5. 2.

44) L. 1. §. 16. L. 2. u. L. 3. pr. D. de agnosc. vel alendis lib. (25. 3.) L. 14. D. de iure patronatus. (37. 14.) L. 25. D. de statu bon. (1. 5.) L. 24. D. de dolo malo. (4. 3.) Ueber L. 29. pr. D. 44. 2., welche Stelle nicht hierher gehört, vergl. die treffliche Exegese von Keller a. a. O. S. 399—409.

45) L. 1. u. 5. D. si ingenuus esse dicetur. (40. 14.)

46) L. 42. D. de liberali causa. (40. 12.) L. 10. D. de exceptionibus. (44. 1.)

47) L. 3. pr. D. de popularibus actionibus. (47. 23.) L. 45. §. 1. D. de procuratoribus. (3. 3.) L. 30. §. 3. D. de iureiurando. (12. 2.) L. 3. §. 13. D. de homine libero exhibendo. (43. 29.)

48) L. 1. D. 47. 23. L. 43. §. 2. D. 3. 3. L. 2. §. 2. D. ne quid in loco publico. (43. 8.)

Vertreter des Volkes mit der Befugniß in Judicium zu deduciren erscheinen lassen, daher derselbe in der Regel auch keinen Procurator ernennen kann [49]). 4) Wenn ein partieller Eigenthümer eines Grundstückes für dieses eine Realservitut vindicirt oder umgekehrt, so gilt das hierüber gefällte Urtheil auch für und gegen den Miteigenthümer [50]). Der Litigant erscheint hier nämlich als Repräsentant des Grundstückes, weil dergleichen dingliche Rechte untheilbar sind. 5) Wenn zum Nachlasse Jemandes, welcher Eviction zu leisten schuldig ist, mehrere Erben concurriren und ohngeachtet der vorgängigen Denuntiation an alle nur ein Einziger von diesen Erben den Prozeß geführt hat, so gilt das über diesen Prozeß gefällte Urtheil nicht allein wider, sondern auch für die der Denunciation ungeachtet ausbleibenden Miterben. Gleichwohl scheint es, daß die Pandektenstelle, auf welche man diese Ausnahme stützt [51]), gar nicht hierher gehöre, da sie nicht von unserer Exception, sondern von den Bedingungen der Evictionsklage handelt [52]).

Es ergibt sich aus dem Vorstehenden, wie bedeutend der Wirkungskreis der Einrede des gefällten Urtheiles nach dem gemeinen Rechte gewesen ist. Erst jetzt wird es möglich sein, einzelne Nachrichten zu würdigen, welche denselben genauer zu bezeichnen scheinen. Nach dem Zeugnisse des Gordian erscheint sie als das zuständige Rechtsmittel, um eine Zinsenforderung abzuweisen, wenn diese nur mit der Hauptklage eingetrieben werden konnte, und diese des Capitals halber bereits angestellt und abgeurtheilt worden ist [53]). Auch bediente man sich dieser Einrede, um bei dem electiven Klagenconcurse nach der Anstellung der einen Klage die der concurrirenden unmöglich zu machen [54]). Auch wurden Ansprüche, welche bereits auf dem Wege der Compensationseinrede geltend gemacht und abgeurtheilt worden waren, vermittelst der genannten Einrede zurückgewiesen, wenn sie späterhin auf dem Wege selbstständiger Klage geltend gemacht wurden [55]). Endlich erscheint unsere Einrede als das geeignete Rechtsmittel, um der alten Prozeßregel praktische Geltung zu verschaffen, daß aus einer entgegengestellten und bewiesenen dilatorischen Einrede eine peremtorische entstehe [56]).

In manchen Fällen kann es zutreffen, daß die Einrede des gefällten Urtheiles begründet ist, weil alle Erfordernisse derselben vorhanden sind, und es gleichwohl unbillig erscheint, die Wirkungen derselben eintreten zu

---

49) L. 5. D. 47. 23. L. 45. §. 1. D. 3. 3.

50) L. 4. §. 3 u. 4. D. si servitus vindicetur. (8. 5.) L. 19. D. ibid. L. 1. §. 5. D. de arboribus caedendis. (43. 27.)

51) L. 62. §. 1. D. de evictionibus. (21. 2.) Vergl. Merillii Variant. interpret. ex Cuiacio lib. III. cap. 17.

52) L. 1. C. de periculo et commodo rei venditae. (4. 48.) L. 7. u. 8. C. de evictionibus. (8. 45.) Vergl. Keller a. a. O. S. 410.

53) L. 4. C. depositi vel contra. (4. 34.)

54) L. 25. §. 1. D. 44. 2. L. 34. §. 1. D. de obligationibus et actionibus. (44. 7.)

55) L. 7. §. 1. D. de compensationibus. (16. 2.)

56) Theoph. paraphr. inst. IV. 13. §. 10. ed. Reitz tom. II. p. 881, u. §. 11. p. 884.

lassen. Dieß kommt vorzüglich dann vor, wenn derjenige, welcher im früheren Prozesse verloren hat, sich auf diese Einrede zu berufen befugt ist [57]). Dann ist nämlich der Gegner im Prozesse berechtigt, die Wirkungen der Einrede durch die Replication: **si secundum se iudicatum non sit** zu elidiren.

**Exceptio rei venditae et traditae** [1]) heißt in der Kunstsprache der Pandektenjuristen die peremtorische Einrede, welche von Seiten des Käufers entgegensteht, wenn derjenige, welcher aus dem geschlossenen Kaufvertrage zur Tradition der Sache verpflichtet ist, nach der Erfüllung dieser Verbindlichkeit, dieselbe mit einer dinglichen Klage in Anspruch nimmt [2]). Der Ursprung dieser Exception verliert sich in das Dunkel des Alterthums. Nach v. Savigny's Vermuthung, welche Michelsen [3]) weiter ausgeführt hat, war ihre ursprüngliche Bestimmung die, den bonitarischen Eigenthümer gegen die Realklage des Quiritarischen Eigenthümers zu schützen, wenn dieser eine **res mancipi** an jenen verkauft und durch die Tradition nur das bonitarische Eigenthum an ihn übertragen hatte. Die Gründe, welche für diese Ansicht geltend gemacht werden, sind der Name der Exception, so wie er in den römischen Rechtsquellen vorkommt, ferner die Verwandtschaft der Exception mit der Publicianischen Klage [4]), und endlich die dingliche Grundlage derselben. Andere leiten ihren Ursprung aus der Verpflichtung des Verkäufers her, für die Gewähr zu haften, und behaupten, daß, wer eine Veräußerung gelten zu lassen schuldig sei, dieselbe nicht selbst anfechten könne, wenn er etwa nachher neue Rechte an der Sache erlangt oder entdeckt oder schon vor der Veräußerung gehabt hat [5]). Allein, so wenig sich aus der Savigny'schen Hypothese die Gestaltung erklärt, welche die Einrede in den Justinianischen Rechtsbüchern erhalten hat, so unzureichend erscheint die Grundlage der gewöhnlichen Meinung, da die Einrede auch gegen die, welche nicht für die Gewähr zu haften haben, zusteht [6]), und zudem die Verpflichtung zur Evictionsleistung nicht aus dem Factum der Tradition sich herschreibt, sondern vielmehr mit der Verpflichtung des Verkäufers zur Tradition eine

---

57) L. 15. u. 16. D. 44. 2. L. 9. pr. u. §. 1. D. ibid. L. 16. §. 5. D. de pignoribus et hypoth. (20. 1.) Vergl. Ribbentrop, comm. ad L. 16. §. 5. D. de pign. et L. 9. §. 1. de exc. r. iud. (Gott. 1824.) p. 55 sq. et Hübbel. c. p. 82—86.

1) Literatur: Finestres Hermogenianus, p. 901 sq. Westphal, vom Kaufe, §. 353 flg. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 20, S. 434—443. Michelsen, diss. inaugur. de exceptione rei venditae et traditae. Berolini 1824, 8.

2) Dig. de exceptione rei venditae et traditae. (21. 3.)

3) Michelsen, diss. laud. p. 23 sq.

4) L. 2. D. 21. 3. L. 4. §. 32. D. de doli mali et metus exceptione. (44. 4.)

5) So Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 20, S. 434.

6) L. 10. D. de distractione pignorum et hypothecarum. (20. 5.) L. 3. §. 1. D. 21. 3.

gemeinsame Grundlage hat [7]). Einfacher scheint es, den Ursprung der Einrede auf die natürliche Grundlage des Kaufvertrages, auf die bona fides zurückzuführen, nach welcher der Verkäufer verpflichtet wurde, dem Käufer die Sache so zu gewähren, daß er sie definitiv behalten konnte [8]), wobei es sich denn auch von selbst verstand, daß von Seiten des Verkäufers nichts geschehen durfte, was dieses definitive Behalten verhindern konnte [9]). Eine Vindication von Seiten des Verkäufers oder dessen, welcher an seine Stelle tritt, war zwar dem strengen Rechte nach nicht unmöglich, da der erste nicht dazu verpflichtet war, das Eigenthum der Sache an den Käufer zu übertragen [10]); sie konnte mithin juristisch stattfinden; allein es mußte im concreten Falle doch unbillig erscheinen, wenn der Verkäufer, oder der, welcher sein Vindicationsrecht von ihm ableitete, die aus dem Kaufvertrage entstehenden Verpflichtungen nicht erfüllte. Diese Unbilligkeit veranlaßte den Prätor hier mit der doli exceptio auszuhelfen [11]); allein da sich diese zunächst nur auf die Person des Verkäufers und dessen Universalsuccessoren beschränkte, so gewährte man später eine in factum exceptio [12]), welche durch ihr Heraustreten aus der allgemeinen exceptio doli mali die Natur eines selbstständigen Rechtsmittels erhielt, und sich durch ihren weiteren Umfang wesentlich unterschied. Die Bedingungen, an welche diese Einrede im Pandektenrechte geknüpft ist, sind folgende: 1) es muß ein giltiger Kaufvertrag abgeschlossen worden sein [13]). Dabei kommt nichts darauf an, ob er durch Dazwischenkunft von Mittelspersonen oder ohne dieselben abgeschlossen worden ist, wenn nur im zuerst genannten Falle der Auftrag nicht überschritten worden [14]). 2) Der Verkäufer muß die bindende Kraft des Vertrages durch seine Thathandlungen anerkannt, und in Folge desselben die Tradition der verkauften Sache vorgenommen haben, wie schon aus dem Namen der Exception hervorgeht. Späterhin gewährte man die Exception schon dann, wenn der Käufer auch ohne vorhergehende Tradition des Verkäufers den Besitz der gekauften Sache fehlerfrei erhalten hatte, was um so leichter geschehen konnte, da ja der Verkäufer für das definitive Behalten der Sache forthaftete [15]). Die Zahlung des Kaufpreises oder Sicherstellung wegen der Abzahlung ist überall nicht von nöthen [16]), und wenn in manchen Stellen beides bei Gelegenheit der Exception erwähnt wird, so ist diese Erwähnung nur zufällig und als Folge des concreten Falles zu betrach-

---

7) L. 3. pr. D. 19. 1. L. 11. §. 13. D. ibid.
8) L. 30. §. 1. D. 19. 1.
9) L. 11. §. 17. D. 19. 1.
10) L. 25. §. 1. D. de contrahenda emptione. (18. 1.) L. 30. §. 1. D. 19. 1. L. 1. pr. D. de rerum permutatione. (19. 4.)
11) L. 12. D. 44. 4. L. 4. §. 32. D. ibid. L. 17. D. de evictionibus. (21. 2.) L. 3. C. de rebus alienis non alienandis. (4. 51.)
12) L. 1. §. 4. D. 21. 3. L. 4. §. 32. D. 44. 4.
13) L. 1. §. 3. D. 21. 3.
14) L. 1. §. 2 u. 3. D. 21. 3.
15) L. 1. §. 5. D. 21. 3.
16) L. 1. §. 2. D. 21. 3.

ten[17]). 3) Der Beklagte muß Besitzer der Sache[18]) und 4) die angestellte Klage die Eigenthumsklage sein; denn nur von dieser sprechen alle Stellen des Pandektentitels de exceptione rei venditae et traditae. — Die Einrede ist ihrer Natur nach eine peremtorische, und kommt nicht allein dem ersten Käufer zu statten, sondern auch allen, bei denen es im Interesse des ersten Käufers ist, daß sie durch die Eigenthumsklage des Verkäufers nicht gestört werden; ohne Rücksicht darauf, ob sie Universal- oder Singularsuccessoren sind, und ob sie im letzten Falle die Sache von ihrem Gewährsmann tradirt erhalten haben oder nicht[19]). Daher sie von manchen neueren Rechtsgelehrten geradezu für eine Realexception erklärt wird. Sie steht aber nicht allein gegen den Verkäufer zu und gegen dessen Universalsuccessoren[20]), sondern auch gegen die Singularsuccessoren, welche ihr Vindicationsrecht an der Sache von dem Verkäufer ableiten[21]); jedenfalls bleibt aber dem Käufer das Wahlrecht vorbehalten, ob er die Exception gebrauchen und so im ruhigen Besitze der Sache verbleiben, oder aber dieselbe zurückgeben und sich seiner Ansprüche aus dem Kaufcontracte halber an den Verkäufer halten wolle[22]). Am häufigsten kommt die Einrede dann vor, wenn der Verkäufer früher das Eigenthum der verkauften Sache nicht hatte, und dasselbe späterhin durch Erbschaft u. s. w. erwirbt[23]), oder wenn der Eigenthümer des verkauften Grundstückes den Verkäufer desselben beerbt[24]). Die neueren Rechtsgelehrten haben, um den Umfang der Exception zu bestimmen, die Regel aufgestellt, daß dem, welcher für die Eviction zu haften habe, auch die Exception entgegengestellt werden könne[25]). Allein nicht zu gedenken, daß das Vorkommen der Exception gegen die Singularsuccessoren des Verkäufers sich aus dieser Regel keineswegs erklärt, so findet sie auch gegen den Pfandgläubiger, welcher das Pfand verkauft hat, statt, wenn schon derselbe nicht für die Eviction zu haften hat[26]); daher denn auch die Regel von älteren[27]) und neueren[28]) Juristen geradezu verworfen worden ist. In den

---

17) L. 2. D. 21. 3. L. 4. §. 32. D. 44. 4. L. 72. D. 6. 1.

18) L. 2. D. 21. 3. L. 72. D. 6. 1. L. 4. §. 32. D. 44. 4. Auch ergibt sich dieß Erforderniß aus der Voraussetzung der Eigenthumsklage.

19) L. 3. pr. D. 21. 3.

20) L. 3. §. 1. D. 21. 3. L. 1. §. 1. D. ibid.

21) L. 3. §. 1. D. 21. 3. Dahin gehören auch die Fälle L. 2. D. 21. 3. L. 4. §. 32. D. 44. 4. L. 72. D. 6. 1.

22) L. 17. u. 18. D. de evictionibus. (21. 2.) L. 3. C. 4. 51.

23) L. 1. pr. u. L. 2. D. 21. 3. L. 17. D. 21. 2. L. 72. D. 6. 1. L. 4. §. 32. D. 44. 4. L. 3. C. 4. 51.

24) L. 1. §. 1. D. 21. 3.

25) Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio rei venditae et traditae, d. h. was Jemand muß gewähren, das kann er nicht entwähren. Noch Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 20, S. 434, anerkennt die Regel.

26) L. 10. D. de distractione pignorum. (20. 5.) L. 11. §. 16. D. de actionibus empti venditi. (19. 1.) L. 1. u. 2. C. creditorem evictionem pignoris non debere. (8. 56.) Vergl. Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechtes, S. 524—528.

27) Vergl. Finestres, comment. ad Hermog. fragm. p. 906.

28) Vergl. die Citate bei Michelsen l. c. §. 5. p. 51 sq.

Justinianischen Pandekten wird die Einrede zwar hinter der Lehre von der Eviction abgehandelt [29]), allein wohl nicht als specieller Anhang zu dieser Lehre, sondern sie gehört wohl überhaupt zu der Lehre vom Kaufgeschäfte, welches in den vorhergehenden Pandektenbüchern abgehandelt worden. Vielleicht gibt die Vergleichung der Einrede mit der Publicianischen Klage den Schlüssel zur Erklärung des Realfundamentes unserer Einrede von klägerischer Seite an die Hand. Die Stellen der römischen Rechtsquellen [30]), welche diese Vergleichung aufstellen, enthalten folgenden Fall: wenn Jemand mir eine fremde Sache verkauft, in Folge des Contractes dieselbe tradirt, und mich dadurch nicht zum Eigenthümer, sondern nur zum Besitzer der Sache macht, und späterhin den wahren Eigenthümer der Sache beerbt, und in Folge dieser Beerbung diese Sache einem Anderen verkauft und auch tradirt, so soll nach Julian's und Ulpian's Meinung nur ich, der erste Käufer, durch den Prätor geschützt werden können, weil, wenn ich Besitzer der Sache wäre, ich gegen die Vindication des Verkäufers die vorliegende Exception gebrauchen und, wenn der Verkäufer die Sache besäße, ich sie ihm mit der Publicianischen Klage abfordern könnte, da die ihm sonst zuständige exceptio dominii durch die Replication der verkauften und tradirten Sache entkräftet werde. Im vorliegenden Falle wird das Unterliegen des späteren Käufers offenbar aus einem Grundsatze gefolgert, welcher eben so bei der Publicianischen Klage als bei unserer Exception einwirken soll; gerade bei der Publicianischen Klage ist er auf die Auctorität Julian's hin allgemein angenommen worden [31]); wie nahe liegt also nicht die Vermuthung, daß die Ausdehnung unserer Einrede gegen die Singularsuccessoren des Verkäufers nur eine Folge der Grundsätze sei, welche zunächst bei der Publicianischen Klage in Anwendung kamen? — Die Einrede kommt in Wegfall 1) wenn der Verkäufer gleich bei dem Abschlusse des Kaufcontractes sich das Vindicationsrecht auf einen bestimmten Fall vorbehielt, z. B. wenn der Kaufpreis nicht zur gehörigen Zeit gezahlt sein würde, oder sich ein besserer Käufer finden sollte [32]). 2) Wenn die Frau dem Gläubiger ihres Mannes, für den sie sich verbürgt hatte, ein Grundstück verkauft, um damit die Schuld ihres Mannes zu tilgen. Hier wird die ihrer Vindication entgegenstehende Einrede durch die replicatio SC. Velleiani entkräftet [33]). 3) Wenn der Kauf von einem Procurator des Verkäufers abgeschlossen worden ist, und dieser die Sache um einen geringeren Preis hingab. In diesem Falle wird die Vindication des Mandanten nur dann durch die Exception ausgeschlossen, wenn ihm zugleich Sicherheit dafür gestellt wird, daß der durch die Ueberschreitung des Mandates entstandene Schaden werde vergütet werden [34]).

---

29) Dig. de evictionibus (21. 2.), de exceptione rei venditae et traditae. (21. 3.)

30) L. 2. D. 21. 3. L. 4. §. 32. D. 44. 4. L. 72. D. 6. 1. Vergl. Michelsen l. c. p. 41—45.

31) L. 9. §. 4. D. de Publiciana in rem actione. (6. 2.)

32) Arg. L. 1. §. 2. D. 21. 3.

33) L. 32. §. 2. D. ad SC. Velleianum. (16. 1.)

34) L. 1. §. 3. D. 21. 3. L. 5. §. 3 u. 4. D. mandati. (17. 1.)

**Exceptio Senatusconsulti Macedoniani** [1]) heißt in der Kunstsprache der römischen Rechtsgelehrten die Einrede, welche dem, welcher einer in der väterlichen Gewalt befindlichen Person Geld geborgt hat, entgegengestellt wird, um die Abweisung der Rückforderungsklage zu erzwingen. Dieß Senatusconsult, zu dessen Abfassung das unnatürliche Betragen eines gewissen Macedo, welcher, um seine Schuldner befriedigen zu können, einen Vatermord beging, Veranlassung gegeben hat [2]), setzen einige Rechtsgelehrte nach dem Zeugnisse des Tacitus [3]) unter Kaiser Claudius, andere nach dem des Suetonius [4]) unter Vespasian, während noch andere behaupten, daß Claudius nur verordnet habe, es solle nicht gelten, wenn Jemand einer in der väterlichen Gewalt befindlichen Person Geld unter der Bedingung geliehen hätte, dasselbe erst nach des Vaters Tode wiederzubezahlen, und dem Vespasian die größere Feststellung dieser Grundsätze durch die Abfassung des SC. Macedonianum zuschreiben [5]). Der Inhalt dieses Gesetzes, so wie er in den Justinianischen Pandekten [6]) dargestellt wird, geht dahin, daß Gläubiger, welche den noch in der väterlichen Gewalt befindlichen Personen baar Geld darleihen, ihrer Forderung halber keine Klage haben sollen, selbst dann nicht, wenn sie das Geld auch erst nach des Vaters Tode wieder fordern. Denn ein solcher Wucherer solle wissen, daß ihm keine List, noch Vorwand etwas helfen werde, um seine Forderung klagbar zu machen, wenn auch sein Schuldner nach des Vaters Tode noch so viel Vermögen zu erwarten hätte. Von einer Einrede, welche der Rückforderungsklage entgegensteht, ist im SC. überall nicht die Rede; allein die Analogie der exceptio SC. Velleiani läßt keinem Zweifel Raum, daß die Entstehung unseres Rechtsmittels der Thätigkeit des Prätors, welcher dem SC. praktische Bedeutsamkeit zu geben suchte, seinen Ursprung verdankt. — Die Bedingungen, unter welchen dieses Rechtsmittel zusteht, sind folgende: 1) Der Schuldner muß eine in der väterlichen Gewalt befindliche Person sein. Zwar nennt das SC. nur männliche

---

1) Literatur: Duareni, comm. in tit. 28. lib. IV. Codicis et tit. 6. lib. XIV. Pandectarum ad SC. Macedonianum in opp. p. 983 sq. Reinold, diss. ad SC. Macedonianum in opusc. iurid. a Iuglero editis p. 412 sq. van Wachendorff, diss. de SC. Macedoniano (Trai. ad Rhenum 1730). Alef, diss. de SC. Macedoniano (Heidelbergae 1737), in eiusdem diebus academicis num. XI. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 14, S. 302—354. Unterholzner, quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechtes von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung, Bd. 1, S. 146—153.

2) L. 1. pr. D. de SC. Macedoniano. (14. 6.) Theoph. paraphr. inst. IV. 7. §. 7. ed. Reitz tom. II. p. 850. Die Meinung derer, welche annehmen, daß ein famöser Fönerator, Macedo, dem Gesetz Namen und Veranlassung gegeben habe, kann gegen so klare Zeugnisse nicht in Betracht kommen. Vergl. Reitzii adnot. ad Theoph. l. c.

3) Tac. ann. XI. 13.

4) Suet. Vespas. cap. 11.

5) So Cramer, D. Vespasianus p. 182. Hübner, disp. ad SC. Macedonianum cap. 3. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 14, S. 303—305.

6) L. 1. pr. D. 14. 6. Theoph. paraphr. inst. IV. 7. §. 7.

Descendenten des ersten Grades (den filius), allein es ist auch auf Töchter [7]) und Enkel [8]) bezogen worden. Rang und Stand der Descendenten ändert daran nichts [9]). 2) Die Schuld muß ein Darlehn an baarem Gelde sein [10]), gleichviel ob dasselbe verzinslich oder unverzinslich ist [11]). Offenbar wollte nämlich der Senat nur die Hauptquelle leichtsinniger Verschuldung verstopfen, weiter zu gehen hinderte ihn die Furcht vor bedenklicher Hemmung des Verkehrs. Demnach kann die Verfügung des Senatsbeschlusses weder auf den Kauf, noch auf den Tausch, noch auf den Miethcontract bezogen werden [12]). Auch auf Fidejussionen [13]) und Getreidedarlehne [14]) ist sie nicht anwendbar, außer wenn dergleichen Geschäfte geschlossen worden sind, um den Zweck des Gesetzes zu vereiteln [15]). Dahin gehört z. B. wenn man einem filiusfamilias Getreide vorlehnt oder Waaren verkauft, in der Absicht, daß er sich durch den Verkauf oder die Verpfändung baares Geld verschaffe und solches als Darlehn gebrauche. Dergleichen verschleierte Gelddarlehne nennt man contractus mohatrae, was aus dem Spanischen kommt und ursprünglich einen simulirten Kauf bezeichnet [16]). Freilich muß dann dem, welcher das Geschäft als Scheingeschäft ansicht, nach den allgemeinen Regeln des Prozesses der Beweis auferlegt werden, daß das Geschäft nur zum Scheine gebraucht, die wahre Absicht aber auf ein Gelddarlehn gerichtet gewesen sei. 3) Die Zahlung des Darlehns muß wirklich erfolgt sein. Deßhalb bleibt die Einrede des macedonianischen SC. dann ausgeschlossen, wenn die Schuld ursprünglich nicht aus einem Gelddarlehn herrührt, sondern durch Novation in eine solche verwandelt worden ist [17]); auch kommt sie dann in Wegfall, wenn dem Sohne zwar noch während der Dauer der väterlichen Gewalt ein Darlehn versprochen worden ist, er aber solches erst zu der Zeit vom Gläubiger erhalten hat, wo er schon sui iuris geworden war [18]). 4) Der Schuldner, welcher das Darlehn erhalten hat, darf kein im Kriegsdienste erworbenes Sondergut besitzen [19]). Denn, so weit ein derartiges Peculium reicht, ist auch die Einrede des SC. ausgeschlossen. Dabei ist es gleichgiltig, ob das Darlehn in Bezug auf das castrensische Sondergut oder ob es ohne solche besondere Beziehung aufgenommen wor-

---

7) L. 9. §. 2. D. 14. 6. Theoph. inst. IV. 7. §. 7. ed. Reitz tom. II. p. 851.

8) L. 6. §. 1. C. ad SC. Macedonianum. (4. 28.) L. 14. D. 14. 6. §. 7. J. quod cum eo, qui in aliena. (4. 7.)

9) L. 1. §. 3. D. 14. 6.

10) L. 3. §. 3. D. 14. 6. L. 7. §. 3. D. ibid.

11) L. 7. §. 9. D. 14. 6.

12) L. 3. §. 3. D. 14. 6.

13) L. 7. pr. D. 14. 6.

14) L. 7. §. 3. D. 14. 6.

15) L. 3. §. 3. D. 14. 6. L. 7. pr. u. §. 3. D. ibid.

16) Vergl. Ziegler, diss. de mohatrae contractu (Vit. 1663). §. 29, u. Stryck, de cautelis contractuum sect. II. cap. 1. §. 31.

17) L. 3. C. 4. 28.

18) L. 3. §. 4. u. L. 4. D. 14. 6.

19) L. 1. §. 3. D. 14. 6. L. 2. D. ibid.

den [20]). Gleiche Grundsätze müssen natürlich auch bei dem quasi castrense peculium gelten. 5) Das Darlehn darf nicht durch das besondere Bedürfniß des Schuldners gerechtfertigt werden können. Daher fällt die Einrede weg, wenn von ihren Eltern entfernt lebende Studenten zum Behufe ihrer Studien so viel Geld als Darlehn aufnehmen, als ihnen der Vater zu senden pflegte [21]); wenn der Sohn auf einer Gesandtschaft begriffen ist und zur Bestreitung der Kosten für dieselbe in der Abwesenheit des Vaters soviel Geld aufborgt, als er hoffen kann, daß ihm der Vater dazu gegeben haben würde [22]); und wenn Gelder herbeigeschafft werden müssen, um eine Person aus der feindlichen Gefangenschaft loszukaufen, deren wahrscheinlicher Erbe man ist, es sei nun durch Verwandtschaft oder durch Erbeinsetzung [23]). 6) Das Darlehn muß nicht mit Willen dessen, welcher den Schuldner in der elterlichen Gewalt hat, aufgenommen [24]), auch nicht von demselben späterhin genehmigt worden sein [25]). Eine stillschweigende Genehmigung liegt schon darin, daß der Vater vom Darlehn gewußt und nicht widersprochen hat [26]), oder wenn er den Sohn einem Geschäfte als Institor vorsetzte, dessen Betrieb Gelddarlehn erfordert, oder wenn er ihm erlaubte, ein solches Geschäft für Rechnung seines Sondergutes zu betreiben [27]). Als hinterher folgende stillschweigende Genehmigung gilt es, wenn der Vater mit der Rückzahlung den Anfang macht [28]), nach Umständen auch, wenn er von dem Abschluß des Darlehns vom Sohne Nachricht erhält und nicht sofort protestirt [29]). 7) Die aufgeborgten Gelder dürfen auch nicht zu dem unmittelbaren Nutzen des Vaters verwendet worden sein [30]). Dabei ist es gleichgiltig, ob das Darlehn vom Anfang an unter der Bedingung gegeben wurde, um es zu diesem Zwecke zu verwenden, oder ob diese Bedingung bei der Erborgung nicht gemacht wurde und die Version zum Besten des Vaters erst auf späteren Entschlüssen des Sohnes beruhte [31]).

Die durch das SC. ausgesprochene Entziehung der Klage des Gläubigers [32]) findet in der Maße statt, daß weder gegen die der väterlichen Gewalt unterworfene Person, nicht einmal nach erlangter Selbstständigkeit, noch auch gegen den Vater [33]) eine Klage möglich ist. Sogar in

---

20) L. 7. §. 1. C. 4. 28.
21) L. 7. §. 13. D. 14. 6. L. 5. C. 4. 28.
22) L. 5. C. 4. 28.
23) Nov. 115. c. 3. §. 13.
24) L. 12. D. 14. 6. L. 2. 4. 7. pr. C. 4. 28.
25) L. 7. pr. C. 4. 28.
26) L. 12. D. 14. 6. L. 16. D. ibid.
27) L. 7. §. 11. D. 14. 6.
28) L. 7. §. 15. D. 14. 6.
29) L. 16. D. 14. 6.
30) L. 7. §. 12. D. 14. 6. L. 7. §. 14. L. 17. D. ibid. L. 2. C. 4. 28. vergl. mit L. 3. §. 9. D. de in rem verso. (15. 3.)
31) L. 7. §. 12. D. 14. 6.
32) L. 1. pr. D. 14. 6. Ne — actio petitioque daretur. Theoph. paraphr. inst. IV. 7. §. 7. ed. Reitz tom. II. p. 850.
33) L. 7. §. 10. D. 14. 6. L. 6. pr. C. 4. 28. Theoph. paraphr.

Folge eines günstigen Erkenntnisses wird die aus dem Senatsbeschlusse stammende Exception noch gegen die actio iudicati zugelassen [34]). Daß dieß Rechtsmittel auch den Erben des Vaters und Sohnes zu Gute kommt [35]), ist nur eine Folge der allgemeinen Grundsätze von dem Uebergange der Realexceptionen auf die Universalsuccessoren. Auch denen, welche sich accessorisch für die Abtragung der dem Hausſohne geliehenen Geldsumme verpflichtet haben, wie Fidejussoren und Mandatoren, kommt die Einrede zu statten [36]), ausgenommen, wenn diese Intercessoren in der Absicht zu schenken sich für die Hauptschuld verbindlich gemacht haben [37]) oder aber die Intercession unter Einwilligung des Vaters geschehen ist [38]); denn im zuletzt genannten Falle wird angenommen, daß der Vater das ganze Geschäft genehmigt habe. Ueberhaupt ist die Intercession für eine solche Schuld dergestalt ungiltig, daß auch nicht einmal nach dem Tode des Sohnes ein Bürge dafür giltig vom Vater bestellt werden kann [39]). Die Klage bleibt auch dann ausgeschlossen, wenn die geliehenen Gelder noch in Natur vorhanden sind oder der Anleihende durch dieselben bereichert worden ist [40]), und selbst in dem Falle, daß es unentschieden ist, ob der Anleihende in der väterlichen Gewalt steht oder nicht, wird so lange keine Klage zugelassen, als diese Unentschiedenheit dauert [41]). Dabei versteht es sich von selbst, daß die Verfügung des Senatsbeschlusses auch auf die Erben des Gläubigers bezogen wird [42]), ja sogar dann von Einfluß ist, wenn die Rückgabe an eine andere Person, als die des Gebers erfolgen soll [43]). — Es lag im Zwecke des macedonianischen SC., den Hausſöhnen die Gelegenheit zur leichtsinnigen Aufnahme von Gelddarlehnen zu entziehen, und um diesen Zweck zu erreichen, suchte es die Gläubiger um das Ihrige zu bringen [44]), gewissermaßen zur Strafe ihres Verfahrens. Gleichwohl anerkennen die römischen Juristen in der gegen das SC. eingegangenen Obligation das Dasein einer Verbindlichkeit im natürlichen Sinne [45])

---

inst. IV. 7. §. 7. ed. Reitz tom. II. p. 851. Hat die in der väterlichen Gewalt befindliche Person als Schiffsführer oder sonst als Gewerbeverwalter gedient, so schützt zwar sie und den Vater die Einrede; aber gegen den Rheder und den Gewerbehalter steht die actio exercitoria und institoria zu. L. 7. §. 11. D. 14. 6.

34) L. 11. D. 14. 6. Selbst die actio de peculio ist ausgeschlossen. L. 6. pr. C. 4. 28. Theoph. paraphr. IV. 7. §. 7. ed. Reitz tom. II. p. 851.

35) L. 7. §. 10. D. 14. 6.

36) L. 9. §. 3. D. 14. 6. L. 2. D. quae res pignori. (20. 3.) L. 7. §. 1. D. de except. (44. 1.)

37) L. 9. §. 3. D. 14. 6.

38) L. 9. §. 3. D. 14. 6.

39) L. 11. D. de fideiuss. et mand. (46. 1.) L. 18. D. 14. 6.

40) L. 9. §. 2. D. 14. 6.

41) L. 1. §. 1. D. 14. 6.

42) L. 7. §. 6. D. 14. 6.

43) L. 7. §. 7. D. 14. 6.

44) L. 9. §. 4. D. 14. 6. L. 40. pr. D. de cond. indebiti. (12. 6.) L. 19. pr. D. ibid.

45) L. 10. D. 14. 6.

und behaupten conſequenter Weiſe, daß, wenn der Schuldner die Zahlung geleiſtet habe, er das Gezahlte in keiner Weiſe zurückfordern könne, weder mit der condictio indebiti [46]), noch mit der Eigenthumsklage [47]). Zur Compenſation kann indeß dieſe natürliche Verbindlichkeit wohl nicht benutzt werden, da alle Schuldverhältniſſe, welche durch eine entgegenſtehende Einrede unwirkſam gemacht werden können, nach einer allgemeinen Regel ſich als untauglich zur Compenſation herausſtellen [48]).

Ausnahmsweiſe kommt die Einrede des SC. in Wegfall 1) wenn der Darleiher entſchuldbarer Weiſe nicht wußte, daß der Anleihende in der väterlichen Gewalt ſtand [49]). Hat ſich der letztere lügenhafter Weiſe für unabhängig ausgegeben, ſo iſt dieß allein noch kein Grund, den Geber des Darlehns ungeſtraft zu laſſen [50]); vielmehr ſieht man auf das Betragen, die Haltung und die Handlungsweiſe des Anleihers im öffentlichen Leben [51]). Dieß iſt der Grund, warum auch bei den Pächtern der Staatsabgaben die Einrede in Wegfall kommt [52]). 2) Wenn der Empfänger des Darlehns ſpäterhin nach erlangter Selbſtſtändigkeit das Darlehn anerkannt hat, und dieſe Anerkennung wegen eines entſchuldbaren Irrthums nicht für unwirkſam zu achten iſt [53]). Dabei verſteht ſich indeß von ſelbſt, daß eine ſolche Anerkennung nur den Anleihenden ſelbſt bindet, und nicht auch auf den ehemaligen Gewalthaber ausgedehnt werden kann. Eine ſolche Anerkennung kann auch ſtillſchweigend, d. h. durch concludente Handlungen verwirklicht werden, z. B. wenn über die Schuld eine Novation eingegangen [54]), oder ein Conſtitutum abgeſchloſſen [55]), oder ein Theil der Schuld abgetragen [56]), oder das Darlehn verzinſt, oder endlich Bürgen oder Pfänder [57]) dafür beſtellt werden. Im Fall der Pfandbeſtellung kommt freilich die Einrede nur inſoweit in Wegfall, als der Werth des Pfandes reicht. 3) Wenn der Anleiher der Einrede des SC. in giltiger Weiſe entſagt hat, d. h. in den Formen, welche das Civilrecht dafür vorſchreibt, nach erlangter Selbſtſtändigkeit und Eidesmündigkeit. Eidliche Entſagung ohne dieſe Erforderniſſe kann wohl ſchon deßhalb nicht bindend ſein, weil durch den Eid

---

46) L. 9. §. 4 u. 5. L. 10. D. 14. 6. L. 40. pr. D. 12. 6.

47) L. 26. §. 9. D. 12. 6.

48) L. 14. D. de compens. (16. 2.) Dieſer Meinung iſt auch Unterholzner a. a. O. Th. 1, S. 149. Manche weichen ab wegen L. 6. D. de compensat. (16. 2.) Allein es iſt offenbar, daß dieſes allgemein ſprechende Fragment nach dem Inhalt der zuerſt citirten Stelle beſchränkt werden muß. Als Anhänger der gegentheiligen Meinung iſt beſonders zu nennen Weber, in den Beiträgen zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden, S. 53, und Glück a. a. O. Th. 14, S. 312.

49) L. 19. D. 14. 6. L. 3. pr. u. §. 1. D. ibid. L. 2. C. 4. 28.

50) L. 1. C. 4. 28.

51) L. 3. pr. D. 14. 6. L. 2. C. 4. 28.

52) L. 3. §. 1. D. 14. 6.

53) L. 20. D. 14. 6.

54) L. 2. C. 4. 28.

55) §. 9. J. de actionibus. (4. 6.)

56) L. 7. §. 16. D. 14. 6.

57) L. 9. pr. D. 14. 6.

kein Geschäft, was an sich ungiltig ist, bindend werden kann [58]), auch gerade der Eid, wollte man ihm verbindliche Kraft beilegen, das beste Mittel sein würde, um die Verfügung des Gesetzes zu umgehen. 4) Wenn der Geber des Darlehns ein Minderjähriger war und der Empfänger in Folge des Darlehns bereichert worden ist [59]). Zwar ist hier der Senatsbeschluß nicht eigentlich ausgeschlossen, aber der Minderjährige hat Anspruch auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Manche haben diese Ausnahme auch auf den Fall ausdehnen wollen, wenn Städte das Capital dem Hayssohne vorgestreckt haben. Allein dagegen sprechen die Zeugnisse der Pandektenjuristen [60]).

Manche neuere Rechtsgelehrten haben den heutigen Gebrauch des **SC. Macedonianum** in Abrede gestellt oder wenigstens bezweifelt [61]), allein diese Ansicht hat nicht allein keinen giltigen Grund für sich, sondern widerlegt sich auch durch das Zeugniß der bewährtesten Praktiker der neueren Zeit [62]).

**Exceptio Senatusconsulti Velleiani** [1]) heißt die Einrede, welche eine Frau, welche eine fremde Verbindlichkeit durch Intercession auf sich genommen hat, brauchen kann, um die Klage dessen, dem sie sich deßhalb verbindlich gemacht, abzuweisen. — Der vellejanische Senatsbeschluß, dessen Abfassung wahrscheinlich in die Zeiten des Kaiser Claudius fällt [2]), geht von der Ansicht aus, daß es für Frauenzimmer unschicklich

---

58) L. 7. §. 16. D. de pactis. (2. 14.) L. 5. §. 1. C. de legibus et constit. princ. (1. 14.) Vgl. cap. 58. de R. I. in VI.

59) L. 11. §. 7. D. de minoribus XXV. annis (4. 4.), vergl. mit L. 34. pr. D. ibid. L. 3. §. 2. D. 14. 6. L. 9. pr. D. de iuris et facti ignorantia. (22. 6.)

60) L. 15. D. 14. 6. L. 6. D. de V. S. (50. 16.)

61) Tuldenus, in commentario ad h. tit. Pand. et Cod. Beyer, delineatio iuris civilis ad Pand. ad h. t. Marckart, de usu Senatusconsulti Macedoniani hodierno in eiusdem exerc. acad. p. 283 sq.

62) Wernher, select. observ. for. tom. II. P. VI. obs. 334. Struben's rechtliche Bedenken, 1. Theil, Bed. 156. Menoken, diss. de usu forensi SC. Macedoniani in Germania. Vitemb. 1751. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 14, S. 355. Unterholzner a. a. O. Th. 1, S. 152, 153.

1) Literatur: le Chassier, diatr. ad SC. Velleianum in eiusdem opp. Paris. 1657. Böhmer, diss. de efficaci mulierum intercessione in eiusdem exercitat. ad Pandectas tom. III. Röslin, Abhandlung von besonderen weiblichen Rechten, Bd. 2, S. 53 flg. Gercke, commentatio de limitibus SC. Velleiani. Hannov. 1795. Suse, comm. de iure singulari feminae intercedentis, P. 1. Gott. 1803. Malblanc, diss. de renuntiatione beneficiorum ex SC. Velleiano et Authentica: si qua mulier a femina aut uxore minore facta, haud semper valida. Tubingae 1803. Glück, Erläuterung der Pand., Th. 14, S. 433—472; Th. 15, S. 1—54.

2) L. 2. §. 1. D. ad SC. Velleianum (16. 1.) nennt nämlich die Consuln Marcus Silanus und Velleius Tutor. Nun finden sich aber gerade diese Consuln für das Jahr 799 d. Stadt, der erste als Consul ordinarius, der letzte als suffectus. Vgl. Schultingii iurispr. Anteiustinianea p. 640. Aelter als Claudius kann übrigens das SC. auch wegen des postea in L. 2. §. 1.

sei, sich männlichen Geschäften zu unterziehen, wie es die Intercessionen sind; auch fand er es für unbillig, daß Frauen durch ihre Theilnahme an fremden Schulden einen Verlust ihres Vermögens erleiden sollten [3]), bestimmte mithin, daß aus weiblichen Intercessionen, wie es schon vorher in den Gerichten beobachtet worden, keine Klage gegen die intercedirende Frau gestattet werden solle, und empfahl endlich den Magistraten, welche über dergleichen Fälle Recht sprechen würden, diese Grundsätze zur Nachachtung [4]). Zwar finden sich in dem SC. eigentlich nur zwei Intercessionsformen genannt, nämlich die Verbürgung und der Beitritt als Mitschuldner zu einem fremden Darlehne, allein der Zusammenhang des Ganzen ergibt, daß dieß nur beispielsweise geschehen sei. Aus dem Gesagten ergibt sich zugleich, daß die exceptio SC. in den Worten des Senatusconsultes nicht begründet ist, wenn schon die römischen Juristen und Kaiser so von derselben sprechen, als ob sie durch die Worte begründet wäre [5]).

Die Erfordernisse, welche vorhanden sein müssen, um die Zuständigkeit dieses Rechtsmittels zu begründen, sind im Einzelnen folgende: 1) Es muß eine wahre Intercession vorliegen [6]), d. h. eine Handlung, wodurch Jemand die schon vorhandene oder künftige Verbindlichkeit eines Andern zu dessen Vortheil übernimmt, ohne nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zur Uebernahme derselben verbindlich zu sein, ohne Unterschied ob es eine privative oder eine cumulative Intervention ist. Mithin gehört dahin nicht allein der Fall der Delegation, Expromission, der Vertheidigung des Beklagten vor Gericht, und das Eintreten in einen Schuldcontract als Selbstschuldner, welchen ein Dritter mit dem Gläubiger schließen wollte, sondern auch der Fall der Bürgschaft, des Creditauftrages, des constitutum debiti alieni, der Verpfändung eigener Sachen für Andere, der Beitritt zu einem fremden Contracte als correus debendi und die Eingehung des Compromisses über eine fremde, zweifelhafte Sache. Als Intercession kann es dagegen nicht gelten, wenn man Jemandem bloß für eine, ihm vielleicht nachtheilige Handlung Entschädigung zu leisten verspricht [7]); wenn man für eine fremde Schuld sofort Zahlung leistet, sei es in baarem Gelde, oder durch Delegation eines Schuldners [8]), oder wenn man dem Schuldner das Pfand zurück-

---

D. ibid. nicht sein. Dieser Grund spricht namentlich gegen Heineccius (antiquit. Rom. synt. III. 21. §. 12), welcher nach einer, nicht einmal mit dem Obigen übereinstimmenden Inschrift bei Gruteri inscript. p. CCCCLXX. nr. 1. das SC. in das Jahr 763 d. St. setzt.

3) L. 2. §. 1—3. D. 16. 1. L. 1. §. 1. D. ibid.

4) L. 2. §. 1. D. 16. 1.

5) L. 8. C. 4. 29.: Propter exceptionem, quae ex SC. Velleiano descendit. Vergl. L. 25. §. 1. D. 16. 1. L. 8. §. 2. D. ibid. L. 16. pr. u. L. 21. pr. D. ibid. In anderen Stellen heißt sie auxilium Senatusconsulti, z. B. in L. 26. D. 16. 1.

6) L. 1. pr. D. 16. 1. L. 2. §. 4. D. ibid. L. 29. §. 1. D. ibid. Paulli sent. rec. II. 11. §. 1. vergl. mit L. 2. 4. C. 4. 29.

7) L. 8. §. 1. D. 16. 1. L. 19. pr. D. ibid.

8) L. 5. D. 16. 1. L. 4. u. 9. C. ad SC. Vellcianum. (4. 29.)

gibt [9]), wenn Jemand den Andern von den für ihn selbst contrahirten Verbindlichkeiten befreit, oder wenn Jemand Schuldner des Andern ist und von seinem Gläubiger angewiesen wird, die Schuld an einen Dritten zu bezahlen [10]), oder wenn man bei der Antretung einer Erbschaft oder bei einem Kaufe die auf der Erbschaft oder auf der gekauften Sache ruhenden Schulden übernimmt [11]). 2) Es muß eine Frau die fremde Verbindlichkeit übernommen haben. Es erscheint nämlich die Verfügung des Senatsbeschlusses als eine besondere Rechtswohlthat der Frauen ohne Unterschied des Alters [12]). Man ging dabei von der Ansicht aus, daß Frauen der ihnen eigenen natürlichen Nachgiebigkeit halber leichter zu Intercessionen, deren Ausgang sie nicht leicht übersehen können, als zu Schenkungen bewogen werden können [13]), und gestattete ihnen daher im zuerst genannten Falle die Exception, um den Schaden von sich abzuwenden, während man im zuletzt genannten Falle die Einrede verweigerte. 3) Die Intercession muß in der vom Gesetze ausdrücklich vorgeschriebenen Form gemacht worden sein. Eine Verordnung Justinian's verfügt in dieser Beziehung, daß eine solche Intercession nur in einer öffentlichen oder von drei Zeugen unterzeichneten Urkunde (nach der Kunstsprache der heutigen Juristen in einem instrumentum publicum oder quasi publicum) giltiger Weise geschehen könne [14]). Ist diese Form nicht beobachtet, so soll die ganze Intercession als nicht geschehen betrachtet werden in der Maße, daß die Beklagte nicht einmal die Einrede des SC. vorzuschützen nöthig habe. Wenn aber manche neuere Juristen [15]) im Fall der Contravention der Frau, welche intercedirt hat, die exceptio nullitatis gestatten, so beruht dieß nur auf einer falschen Auffassung des römischen Begriffes exceptio.

Die Einrede des vellejanischen SC. gehört zu den Realeinreden, sie geht mithin auch auf die Erben der Frau über [16]), eben so wie auf ihre Bürgen selbst dann, wenn sie ohne Auftrag der Intercedentin für sie von freien Stücken gut gesagt haben [17]). Selbst die von der Frau zur Zahlung dessen, was den Inhalt der Intercessionsverbindlichkeit ausmacht, delegirte Person kann, wenn sie der Delegantin nichts schuldet, von der Einrede des Senatsbeschlusses für sich Gebrauch machen [18]). Sie gehört

---

9) L. 8. pr. D. 16. 1.
10) L. 24. pr. D. 16. 1. L. 2. C. 4. 29.
11) L. 13. pr. D. 16. 1. L. 32. pr. D. ibid.
12) L. 1. pr. u. §. 1. D. 16. 1. L. 2. §. 2 u. 3. D. ibid. Paulli sent. rec. II. 11. §. 1. Vergl. Röslin, von besonderen weiblichen Rechten, Bd. 2, S. 65.
13) L. 4. §. 1. D. 16. 1. L. 21. §. 1. D. ibid. vergl. mit L. 1. §. 1. L. 2. §. 2 u. 3. D. 16. 1.
14) L. 23. §. 2. C. 4. 29.
15) Vergl. Westphal, Rechtsgutachten, Bd. 1, S. 83. Schwankend ist Glück a. a. O. Th. 14, S. 459.
16) L. 20. C. 4. 29.
17) L. 14. C. 4. 29. L. 8. §. 4. D. ibid. L. 16. §. 1. D. ibid. Vergl. Glück a. a. O. Th. 15, S. 53.
18) L. 8. §. 4. D. 16. 1.

zu den sogenannten privilegirten Einreden und kann daher nach erfolgter Verurtheilung auch noch gegen die actio iudicati und die Execution vorgeschützt werden [19]). Manche neuere Rechtsgelehrten haben zwar dieß Privilegium bestritten nach der Tendenz des J. R. A. [20]), wornach was dilatorie und peremtorie einzuwenden ist, gleich Alles auf ein Mal und zwar in der ersten Verhandlung bei Strafe der Präclusion vorgebracht werden soll. Allein es ist nach den Regeln der juristischen Hermeneutik wohl nicht anzunehmen, daß ein neues, selbst unbeschränkt allgemeines Gesetz die in älteren Gesetzen gemachten Ausnahmen aufhebe. Manche gehen noch weiter und behaupten, daß die Einrede, auch wenn sie nicht ausdrücklich vorgeschützt worden, doch vom Richter vermöge seiner amtlichen Wirksamkeit supplirt werden dürfe. Allein diese Ansicht streitet eines Theils mit den Zeugnissen der Pandektenjuristen [21]), anderen Theils widerspricht sie der im heutigen Prozesse herrschenden Maxime, daß reine Einreden nie vom Richter supplirt werden dürfen [22]). Nach dem neueren Rechte wird indeß der Richter in einem Falle angewiesen, auch ohne ausdrückliche Vorschützung der Exception die Klage gegen die Frau von Amtswegen zu verwerfen, nämlich wenn die Ehefrau für ihren Ehemann intercedirt hat. Es beruht dieß auf einer Verfügung Justinian's in Novelle 134, Cap. 8, deren Inhalt als Authentica si qua mulier zu L. 22. C. ad SC. Velleianum (4. 29.) nachgetragen worden ist. Ist sie Mitschuldnerin des Mannes geworden, so hat nach dieser Verordnung der Gläubiger zu beweisen, daß sie es, so weit er sie in Anspruch nimmt, auch wirklich geworden, der Gegenstand also, durch den die Schuld contrahirt wurde, in ihr Vermögen gekommen sei [23]). Hat die Intercedentin es unterlassen, von der ihr zuständigen Exception gegen die Klage aus der Intercession geltend zu machen und den Betrag der Intercessionssumme gezahlt, so steht ihr, falls sie es nicht schenkungsweise gethan, die Rückforderung des Gezahlten mit der indebiti condictio zu [24]). Doch kann sie auch, wenn sie will, die geschehene Zahlung gelten lassen und dann, wie jeder andere Intercedent, mit der actio mandati ihren Regreß an den Schuldner nehmen [25]). Zuweilen kann auch ohne vorhergehende Zahlung die Condiction sofort gegen den Hauptgläubiger auf Befreiung von der Schuld gerichtet werden, selbst in den Fällen, wo sie die Einrede nicht gebrauchen konnte [26]). Dieß stimmt um so mehr zu dem übrigen Inhalte des Senatsbeschlusses, da er weibliche Intercessionen überhaupt als wirkungs-

---

19) L. 11. D. 14. 6.
20) J. R. A. §. 37.
21) L. 11. D. 14. 6.
22) Vergl. Gönner, Handbuch des gemeinen Prozesses, Bd. 1, Nr. 10, §. 13.
23) L. 23. §. 2. C. ad SC. Velleianum. (4. 29.)
24) L. 9. C. 4. 29. vergl. mit L. 40. pr. D. de condict. indebiti. (12. 6.) L. 8. §. 3. D. 16. 1.
25) L. 31. D. 16. 1.
26) L. 8. §. 2. D. 16. 1.

los darstellt und man demgemäß der Intercedentin, wenn sie für die fremde Schuld ein Pfand hingegeben, die Vindication des Pfandes gestattet [27]), und, wenn sie dem Gläubiger zur Bezahlung der Schuld eine Sache verkauft oder übergeben hat, auch die Vindication dieser Sache zusagt, in der Maße, daß, wenn ihr der Käufer die exceptio rei venditae et traditae entgegensetzt, dieselbe durch die Replication entkräftet werden kann, daß der Verkauf gegen das SC. geschlossen worden [28]).

Fragen wir nach der Wirkung der Exception, so ist es im Allgemeinen dieselbe, welche auch bei den übrigen Exceptionen eintritt. Allein, da bei Intercessionen stets mehrere Personen concurriren, so wird es von Nöthen, auch die Rechtssätze zu erörtern, nach welchen die Hauptschuld, für welche die Intercession geschehen ist, in Folge des Senatsbeschlusses beurtheilt werden muß. Zwei Rücksichten sind es, welche hier namentlich hervorgehoben werden müssen, nämlich das Verhältniß des Gläubigers zu dem Hauptschuldner, für welchen die Frau intercedirt hat, und das des Gläubigers zu den Mitintercedenten der Frau. Was das erstgenannte Verhältniß anbetrifft, so wird dem Gläubiger gegen den alten Schuldner seine alte Klage wiederhergestellt, wenn durch die Intercession eine vorhandene Verbindlichkeit aufgehoben worden ist. Dieses Wiedergeben wird durch die Ertheilung der actio utilis effectuirt [29]), und daher heißt sie auch restitutoria actio [30]) oder rescissoria [31]). Sie gilt als actio rei persecutoria, geht daher activ und passiv auf die Erben über [32]), und unterscheidet sich von anderen prätorischen Restitutionsklagen darin, daß sie nicht die kurze Dauer hat, welche sonst jenen Rechtsmitteln eigen ist, sondern als perpetua angesehen wird [33]), es müßte denn die alte Klage eine Temporalklage gewesen sein, in welchem Falle natürlich die Restitution die Zeitgrenzen der alten Klage nicht überschreiten kann [34]). Gleichgiltig ist es, ob der Gläubiger weiß, ob die Intercedentin ihn bezahlen werde oder nicht [35]); ja sie findet sogar dann statt, wenn er ihr die Interceſſionsschuld erlassen hat [36]) oder ihr Erbe geworden ist [37]). Nur für den Fall fällt sie weg, daß die Intercedentin definitiv bezahlt hat, d. h. ohne daß Rückforderung des Gezahlten möglich ist [38]), oder der Gläubiger schon durch ein anderes Rechtsmittel gegen den alten Schuldner gedeckt ist [39]). Wenn aber die Interceſſion

27) L. 32. §. 1. D. 16. 1.
28) L. 32. §. 2. D. 16. 1.
29) L. 8. §. 8. D. 16. 1. vergl. mit L. 8. §. 13. D. ibid. und L. 24. §. 3. D. ibid.
30) L. 8. §. 9, 12, 13. D. 16. 1. L. 13. §. 2. D. ibid.
31) L. 16. C. 4. 29.
32) L. 10. D. 16. 1.
33) L. 10. D. 16. 1.
34) L. 24. §. 3. D. 16. 1.
35) L. 13. §. 2. D. 16. 1. L. 24. §. 2. D. ibid.
36) L. 8. §. 9. D. 16. 1.
37) L. 8. §. 10. D. 16. 1.
38) L. 8. §. 10. D. 16. 1.
39) L. 8. §. 8. D. 16. 1.

einen Dritten, welcher den Contract, in den die Intercedentin als Selbstschuldnerin trat, schließen wollte, von einer künftigen Verbindlichkeit befreite, so wird dem Gläubiger die Klage aus dem Geschäfte gegen den Dritten gestattet, vorausgesetzt indeß, daß der Dritte die Verbindlichkeit, welche er contrahiren wollte, giltig habe eingehen können [40]). Von einer Restitution der Klage kann der Sachverhältnisse halber hier nicht die Rede sein, da eine Klage in der That nicht verloren worden ist; daher sie die neueren Rechtsgelehrten institutoria actio nennen nach einem Ausspruche Ulpian's [41]), welcher hier den Ausdruck restituere actionem als unstatthaft verwirft. Den zweiten, oben genannten Fall betreffend, d. h. die Verhältnisse des Hauptschuldners zu den Mitintercedenten der Frau, so ist zu unterscheiden, ob die Intercession in der Form der Solidarobligationen geschah oder nicht. Im ersten Falle fällt die Frau ganz aus, und der mitintercedirende Mann haftet für die ganze Intercessionsverbindlichkeit solidarisch [42]), da er gewußt hat oder hätte wissen können, daß Frauen eine solche Verbindlichkeit nicht übernehmen können. Geschah aber die Intercession verschiedener Personen für eine und dieselbe Schuld nur nach ausdrücklich bestimmten Kopftheilen, so haftet der Mann bei dem Ausfall der Mitintercedentin nur für seinen Theil; wegen des von der Frau übernommenen Theiles aber muß sich der Gläubiger an den Schuldner halten, und entweder mit der directen Klage oder, wenn die Intercession privativ war, mit der ausgedehnten (restituirten) Klage klagen [43]). Eine derartige Theilung der Obligation wird schon dann vermuthet, wenn eine Frau sich mit einem Manne zugleich correalisch im Darlehn verbindlich gemacht hat. Denn hier haftet sie für ihren Antheil als Selbstschuldnerin; wird sie aber auf den Rest belangt, so steht ihr die Exception des SC. zur Seite. Nur, wenn durch die Anleihe ein Schaden von der Frau abgewendet worden, haftet sie für das Ganze [44]).

In folgenden Fällen cessirt die Einrede des SC. 1) wenn die Schuld, für welche sie intercedirt hat, durch Beerbung des Hauptschuldners ihre eigene geworden ist [45]). 2) Wenn der Intercedentin durch das Intercessionsgeschäft ein Vortheil zugekommen ist, überhaupt soweit ihr Vermögen durch die übernommene Verbindlichkeit und ihre Erfüllung nicht vermindert wird [46]), z. B. wenn das Geld, für dessen Wiederbezahlung sie dem Gläubiger bürgte, zu ihrem Nutzen verwendet worden ist [47]), oder wenn sie das Geld zur Befriedigung des Gläubigers vom Schuldner empfangen hat [48]), oder wenn sie dem Schuldner, für welchen sie

---

40) L. 8. §. 15. D. 16. 1.

41) L. 8. §. 14. D. 16. 1.: Datur in te actio, quae instituit magis, quam restituit obligationem.

42) L. 48. pr. D. de fideiuss. (46. 1.)

43) L. 8. C. 4. 29.

44) L. 17. §. 2. D. 16. 1.

45) L. 95. §. 2. D. de solutionibus. (46. 3.) L. 8. §. 13. D. 16. 1.

46) L. 16. pr. D. 16. 1. L. 21. pr. L. 22. D. ibid.

47) L. 21. pr. D. 16. 1.

48) L. 16. pr. L. 22. D. ibid.

intercedirte, eine eben so große oder noch größere Summe schuldig und deßhalb durch andere Rechtsmittel gedeckt ist [49]). 3) Wenn die Intercedentin eine der Größe der übernommenen Gefahr angemessene Belohnung erhalten hat, ohne Unterschied ob dieß gleich bei dem Acte der Intercession oder nachher geschehen ist [50]). Die Größe der Belohnung selbst hat der Richter nach seinem Ermessen zu beurtheilen. In diesem Falle bedarf es auch nicht einmal der schriftlichen Abfassung der Intercession zum Bestande derselben. Eine besondere Vorschrift Justinian's ist es, daß, wenn die Frau in einem öffentlichen oder von drei Zeugen unterschriebenen Instrumente bekennt, daß sie für die Leistung der Intercession etwas empfangen habe, diese Urkunde vollständig gegen sie beweist und jeden Gegenbeweis ausschließt. Ist diese Form nicht beobachtet, so steht es dem Gläubiger frei, zum Beweise jener Thatsache sich auch jedes anderen Beweismittels zu bedienen. Insoweit aber die Frau nicht zahlungsfähig ist, bleibt der alte Schuldner, für den sie intercedirt hat, selbst im Fall der Expromission dem alten Gläubiger verpflichtet [51]). 4) Wenn die Intercession für die Bestellung eines Heurathsgutes geschehen ist [52]). 5) Wenn eine Frau bei der Manumission eines fremden Sclaven für einen gewissen Lossagungspreis dem Eigenthümer einzustehen versprach, ohne Unterschied, ob sie direct oder indirect d. h. für den Sclaven eintrat [53]). Der Grund, womit Justinian diese Sanction motivirt, läuft darauf hinaus, daß es unbillig sei, dem Eigenthümer den Verlust des Sclaven und zugleich auch den der für ihn versprochenen Entschädigung zuzumuthen. 6) Wenn der Gläubiger ein Minderjähriger ist und vom Hauptschuldner Zahlung nicht erlangen kann, so erlangt er durch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand volle Entschädigung von der Frau, welche für den Schuldner intercedirt hat und mit ihrer Einrede nicht gegen das stärkere Privilegium des Minderjährigen aufkommen kann [54]). 7) Wenn die Intercedentin sich durch ihr betrügliches Verfahren ihrer Rechtswohlthat unwürdig gemacht hat [55]). In diesem Falle wird zwar der Intercedentin die Einrede nicht verweigert, dieselbe aber durch die dem Gläubiger gestattete replicatio doli unwirksam gemacht [56]); daher denn der letztere auch stets den Beweis des Dolus zu führen hat. Manche Rechtsgelehrte nehmen unter Bezug auf eine Pandektenstelle [57]) an, daß es zu diesem Behufe schon vollkommen ausreiche, wenn nachgewiesen wird, daß die Frau bei dem Acte der Intercession von der ihr zustehenden Rechtswohlthat unterrichtet gewesen sei; allein der daselbst

---

49) L. 2. C. 4. 29.
50) L. 23. pr. C. 4. 29.
51) L. 23. §. 1. C. 4. 29.
52) L. 12. L. 25. C. 4. 29.
53) L. 24. C. 4. 29.
54) L. 12. D. de minoribus XXV annis. (4. 4.)
55) L. 2. §. 3. L. 17. §. 1. L. 30. pr. D. 16. 1. L. 5. u. 18. C. 4. 29.
56) L. 18. C. 4. 29.
57) L. 30. pr. D. 16. 1. So Leyser, medit. ad Pand. vol. III. spec. CLXX. med. 7.

angeführte Grund lehrt deutlich, daß dieselbe anders zu interpretiren sei [58]). 8) Wenn die Intercedentin dieselbe Intercession nach Ablauf von zwei Jahren wiederholt hat; vorausgesetzt indeß, daß sie volljährig war, als sie das erste Mal intercedirte, und die Wiederholung der Intercession in derselben Form geschah, wie sie das erste Mal gemacht worden. Es beruht dieß auf einer besondern Sanction Justinian's [59]), welcher dabei von der Ansicht ausgeht, daß eine solche Wiederholung der Intercession so angesehen werden solle, als habe sie des eigenen Vortheiles halber intercedirt. Die vorgeschriebene Zeitfrist von zwei Jahren ist jedenfalls nach den Regeln der tempora continua zu berechnen, und läuft von dem Augenblicke an, wo die erste Intercession geschehen ist. 9) Wenn der Gläubiger bei dem Intercessionsacte nicht wußte, daß die Frau in der That intercedire, d. h. wenn er glaubte, eine selbstständige Obligation mit ihr einzugehen [60]). Die Form, in welcher hier die Einrede in Wegfall kommt, ist nicht immer dieselbe. Bald wird die Einrede zugelassen, dagegen aber die replicatio doli mali gestattet [61]), bald die Einrede schon von Amtswegen verworfen [62]). 10) Wenn die intercedirende Frau der Einrede des Senatsbeschlusses ausdrücklich entsagt hat. Das römische Recht spricht die Möglichkeit eines wirksamen Verzichtes auf dieselbe nur in zwei Fällen aus, nämlich zuerst bei der Mutter und Großmutter, welche die Tutel über Kind oder Enkel übernehmen [63]), und dann bei einer Frauensperson, welche statt dessen, für den sie intercedirt hat, den Prozeß als Beklagte übernehmen will und sich deßhalb verpflichten muß von der Einrede keinen Gebrauch zu machen [64]). Freilich ist es eine sehr bestrittene Frage, ob der Verzicht bei der Intercession auch in anderen Fällen die Exception beseitige [65]). In der Art, wie jene Stellen von dem Verzichte sprechen, findet sich durchaus keine Veranlassung, seine Möglichkeit auf jene beiden Fälle zu beschränken, und eben so wenig kann der für diese Beschränkung sonst geltend gemachte Einwand beweisen, daß durch die Möglichkeit des Verzichtes das SC. seine Wirkung verlieren würde, da eine Frau eben so leichtsinnig verzichten als intercediren werde, indem dieser Einwand nicht gegen die Wirksamkeit eines jeden Verzichtes, sondern eben nur gegen die eines leichtsinnigen und übereilten gerichtet ist. Nimmt man noch dazu den allgemeinen Rechtsgrundsatz, daß es jedem erlaubt sein müsse, den zu seinen Gunsten eingeführten Rechtswohlthaten zu entsagen, welcher auch in Bezug auf Weiber in mehreren Anwendungen vorkommt, so dürfte sich von selbst die durch die Praxis

---

58) Vergl. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 15, S. 2—5.
59) L. 22. C. 4. 29. Nov. 61. cap. 1. §. 1.
60) L. 4. pr. D. 16. 1. L. 6. L. 11. L. 27. pr. D. ibid.
61) L. 6. D. 16. 1.
62) L. 4. pr. L. 11. L. 27. pr. D. 16. 1.
63) L. 3. C. quando mulier tutelae officio fungi potest. (5. 35.) Nov. 98. c. 2. Nov. 118. c. 5.
64) L. 32. §. 4. D. 16. 1.
65) Vergl. über die Geschichte dieser Controverse Heise und Cropp, juristische Abhandlungen, Bd. 1, Nr. 10, S. 144—162. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 15, S. 36—52.

des Justinianischen Rechtes im Oriente [66]) und Occidente [67]) festgestellte Ansicht rechtfertigen, daß die Weiber auf diese Einrede, gleichwie auf andere Rechtswohlthaten giltig verzichten können. Vorausgesetzt wird indeß dabei, um übereilte und leichtsinnige Verzichte auszuschließen, daß die Frau vor oder bei dem Verzichte von einem Rechtskundigen über die Natur des Beneficium und die Folgen des Verzichtes gehörig belehrt und dadurch in den Stand gesetzt worden ist, das Geschäft mit Ueberlegung abzuschließen [68]). Ueber die Form der Entsagung finden wir in den römischen Rechtsquellen keine besonderen Vorschriften; daher steht nicht zu bezweifeln, daß die gewöhnlichen Formen der Renuntiationen auch hier ausreichen. Manche neuere Rechtsgelehrten gehen noch weiter und behaupten, daß eine solche Entsagung nur in einem öffentlichen oder von drei Zeugen unterschriebenen Documente giltiger Weise geschehen könne, oder daß sie eidlich geschehen müsse. Allein wenn schon diese Ansichten weder in der Theorie noch in der Praxis haben Boden gewinnen können, so steht es doch nach den allgemeinen Regeln von der Giltigkeit des Eides nicht zu bezweifeln, daß eidliche Entsagungen auch ohne vorhergehende Belehrung gelten, wenn nur überhaupt die Frau weiß, was sie eidlich gelobt. 11) Wenn die intercedirende Frau ihre Intercession mit einem Eide bestärkt hat. Hier bleibt die Intercession auch dann giltig, wenn die Intercedentin über ihre Rechtswohlthaten nicht belehrt worden, auch die Intercession nicht in einem öffentlichen oder von drei Zeugen unterschriebenen Documente geschehen ist. Diese Ausnahme ist durch die Praxis dem Geiste des canonischen Rechtes gemäß eingeführt worden [69]). 12) Wenn die Frau auf eigene Rechnung Handelschaft treibt und ihre Intercession einen mit ihrem Geschäfte in Verbindung stehenden Fall betrifft.

Daß Geschäfte, welche eingegangen werden, um das SC. zu umgehen, nach denselben Grundsätzen zu beurtheilen sind, wie wenn sie gegen das SC. eingegangen wären, versteht sich von selbst. Die römischen Rechtsquellen gewähren in diesem Falle eine besondere Einrede, die

---

66) So Harmenop. προχ. III. 6. §. 5.

67) Vergl. Westenberg, principia iuris s. o. Dig. 16. 1. §. 25. nr. IV. Schilter, praxis iuris Romani exerc. 28. §. 8—11. Lauterbach, collegium theoretico-practicum 16. 1. §. 24. Leyser, meditat. ad Pand. spec. 170. med. 1 u. 2. Böhmer, exerc. ad Pand. tom. III. exerc. 50. cap. 2. §. 15—19. Heering, de fideiuss. cap. 7. nr. 466 sq. Glück a. a. O. Th. 15, S. 40.

68) Vergl. Böhmer l. c. cap. II. §. 19. Stryck, diss. de certiorratione iurium renunciandorum cap. III. nr. 15. Leyser l. c. spec. 170. med. 3. Struben, rechtliche Bedenken, Th. 2, Bed. 76, §. 2. Gmelin, von Aufsätzen über Verträge, §. 69, S. 142 flg. Engelbrecht, diss. de renunciatione SC. Velleiani privato instrumento facta cap. 2. §. 8. Emminghaus, ad Cocceii ius civile controversum 16. 1. qu. 12. not. t. Hofacker, principia iuris civilis Rom. Germ. tom. III. §. 4144. Glück a. a. O. Th. 15, S. 40—43. Puchta, Lehrbuch der Pandekten, S. 410.

69) Vergl. Lauterbach l. c. §. 25. Böhmer l. c. cap. 1. §. 9. Röslin a. a. O. Th. 2, S. 199—213. Glück a. a. O. Th. 15, S. 33.

exceptio fraudis SCto facta [70]), welche sie genau von der exceptio SC. unterscheiden.

Mit dem Verbot der weiblichen Intercessionen durch das vellejanische SC. hängt die besondere Verfügung im neuesten Rechte Justinian's zusammen, daß, wenn eine Ehefrau zu einem Darlehne ihres Mannes einwilligt, oder die Schuldurkunde unterschreibt, oder sich oder ihre Vermögensstücke dafür obligirt, dieser Act ungiltig sein solle, wenn nicht klar nachgewiesen wird, daß das erborgte Geld zum Nutzen der Frau verwendet worden ist. Gleichgiltig soll es dabei sein, ob die Intercession einmal geschehen oder wiederholt worden ist, und ob die Intercessionsurkunde eine öffentliche oder eine private ist. Es ist dieß die Sanction von Nov. 134. c. 8, deren Inhalt von den Glossatoren als Authentica si qua mulier zu L. 22. C. ad SC. Velleianum (4. 29.) eingetragen worden ist [71]). Die neueren Rechtsgelehrten machen diese Verfügung zur Quelle einer besonderen Rechtswohlthat, welche der für ihren Ehemann intercedirenden Ehefrau zu Gute kommen soll, und diese Ansicht ist auch in die Praxis übergegangen. Eine Entsagung dieser Rechtswohlthat ist nach der allgemein angenommenen Meinung der bewährtesten Rechtsgelehrten nur in der Form des Eides zulässig nach vorgängiger Belehrung der Intercedentin über das ihr zustehende Vorrecht. Eine solche Entsagung ist aber noch keineswegs in der Verzichtsleistung auf die Einrede des vellejanischen SC. enthalten, weil die Novelle sich gerade dadurch von diesem unterscheidet, daß keine Wiederholung der Intercession gelten solle; ebenso wenig in einer allgemeinen Entsagung aller weiblichen Rechtswohlthaten. Dagegen kommt die Rechtswohlthat in Wegfall, wenn eine Wittwe erst nach dem Tode ihres Mannes den Gläubigern desselben Bürgschaft leistet, da hier die Gründe des Gesetzes wegfallen, und die Novelle nur den Fall der bestehenden Ehe betrifft, und als correctorisches Gesetz keine ausdehnende Erklärung zuläßt. Es steht ihr aber dann immer noch frei, auch gegen diese Intercession sich auf das vellejanische SC. zu beziehen.

**Exceptio spolii** [1]) heißt in der Kunstsprache der neueren Rechtsgelehrten das Anführen des Beklagten, daß er widerrechtlicher Weise des Besitzes einer Sache oder eines Rechtes entsetzt worden sei, und mithin jedes weiteren Verfahrens im gegenwärtigen Prozesse überhoben werden müsse, bevor diese Besitzentsetzung sammt ihren Wirkungen aufgehoben

---

70) L. 32. §. 3. D. 16. 1.

71) Vergl. Savigny, Geschichte des römischen Rechtes im Mittelalter, Bd. 4, S. 43.

1) Literatur: C. Ziegler, ad can. Redintegranda, zuletzt in Woltaer, observationes ad ius civile et Brand. fasc. 2. Hal. 1779, 8. J. H. Böhmer, ius ecclesiasticum Protestantium, lib. II. tit. 13. tom. II. p. 1133 — 1135. Idem de depravato exceptionis spolii statu in eiusdem exercitat. ad Pand. nr. XCI. tom. V. p. 662—696. Fleck, de interdictis unde vi et remedio spolii, p. 83—136 (Lips. 1797, 8.), und besonders v. Savigny, das Recht des Besitzes, 6. Ausg., S. 619—635.

worden [2]). Wer die Unrechtlichkeit beging, heißt in der Kunstsprache spoliator; an wem sie begangen worden ist, heißt spoliatus. Man leitet dieses Rechtsmittel gewöhnlich aus dem can. Redintegranda C. III. qu. 1. her, welcher indeß weiter nichts ausspricht, als daß Bischöfe, welche aus ihrem Sitze vertrieben oder ihres eigenen Vermögens beraubt worden sind, nicht eines Verbrechens halber vor die Synode gezogen werden können, so lange sie nicht in den Besitz der verlorenen Güter wieder eingesetzt worden sind [3]). Ein Grundsatz, welcher auch in anderen Stellen des Gratianischen Decretes deutlich ausgesprochen worden [4]), freilich aber nur solchen, welche den Decretalen des falschen Isidor entnommen worden sind. Die päbstlichen Decretalen haben späterhin das Institut weiter ausgebildet. Zunächst anerkannten schon Innocenz III. [5]) und Gregor IX. [6]) die Exceptionsform für unser Rechtsmittel als passend, und verfügten zugleich, daß vor allem Anderen der, welcher von derselben Gebrauch macht, mit dem Beweise derselben gehört und, wenn dieser in der gehörigen Form beigebracht worden, nicht gezwungen werden solle, dem Gegner auf seine Klage zu antworten, so lange die Restitution noch nicht erfolgt sei. Die Erfordernisse der Exception sind im Einzelnen folgende: 1) Es muß eine Besitzentsetzung des Beklagten vorliegen. Einerlei ist es, ob sie den Besitz unbeweglicher, beweglicher Sachen oder von Rechten betrifft [7]); selbst das einseitige Auflösen eines factischen Verhältnisses, zu dessen Fortsetzung man rechtlich verbunden ist, gilt als Spolium [8]). 2) Diese Besitzentsetzung muß widerrechtlich sein, was natürlich schon dann angenommen wird, wenn der, welcher dieselbe vornimmt, dieß auf die nicht gehörige Weise ohne Angehung des competenten Richters gethan hat [9]). 3) Die Restitution des Spoliirten, d. h. die Wiedereinsetzung desselben in den Besitz, dessen er unrechtmäßiger Weise beraubt worden, sammt Vergütung aller durch die Besitzentsetzung entstandenen Schäden darf noch nicht erfolgt sein [10]). 4) Der jetzige Kläger muß entweder der Spoliator selbst sein oder aus dem begangenen Spolium wissentlich Vortheil gezogen oder die geraubte Sache wissentlich an sich genommen haben [11]). Woltär [12]) läßt die Einrede gegen jeden dritten Besitzer der Sache zu, einerlei ob er sie im guten oder im bösen Glauben besitzt, weil auch derjenige scienter detinens sei, der nur jetzt durch den Prozeß das Spolium erfahren. Allein schon

2) Vergl. Böhmer in exerc. l. c. §. 3. tom. V. p. 669.
3) Vergl. v. Savigny a. a. O. S. 619–624.
4) Can. 1. 2. 4. C. III. qu. 1, can. 3—6. C. III. qu. 2.
5) Cap. 2. X. de ordine cognitionum. (2. 10.)
6) Cap. 4. X. ibid.
7) Cap. 7. X. de restitutione spoliatorum. (2. 13.)
8) Cap. 8, 10, 13. X. 2. 13.
9) Daher sine iudicio spoliare in cap. 7. X. 2. 13.
10) Cap. 7. X. 2. 13. vergl. mit cap. 4. X. 2. 10.
11) Cap. 18. X. 2. 13. vergl. mit cap. 2. X. 2. 10. und cap. 11. X. de iudiciis. (2. 1.) Vergl. Böhmer, exerc. laud. §. 4. tom. V. p. 671.
12) L. c. p. 252.

Savigny[13]) hat nachgewiesen, daß eine solche Ausdehnung den Worten von cap. 18. X. de rest. spoliatorum (2. 13.) entgegen ist, nicht zu gedenken, daß sie auch der allgemeinen in einer späteren Decretale ausgesprochenen Regel geradezu widerspricht[14]). Auf die Connexität der Spoliensache mit dem intendirten Prozesse kommt weiter nichts an. Vielmehr ist die Spolieneinrede zulässig bei allen Civilklagen ohne Unterschied[15]), ja sogar bei allen Criminalunterſuchungen, und bei diesen sogar dann, wenn das Spolium nicht vom jetzigen Kläger, sondern von einem Dritten ausgeführt worden ist[16]); nur muß dann das Spolium mehr als die Hälfte des Vermögens betragen, auch kann dann der Ankläger fordern, daß dem Angeklagten eine Frist vorgeschrieben werde, binnen welcher das Interdict gebraucht werden könne; nach Verlauf dieser Zeit hört die Wirkung der Einrede auf[17]). — Die Einrede ist ihrer Natur nach nicht auf eine bestimmte Zeitfrist beschränkt, und muß natürlich von dem, welcher sie vorschützt, bewiesen werden[18]). Zu diesem Beweise ist dem Beklagten sowohl im Civil- als im Criminalprozesse eine Zeitfrist von wenigstens 15 Tagen vom Augenblicke der Vorschützung an gestattet, binnen welcher der Beweis nicht allein angetreten, sondern auch vollendet sein muß[19]). Die Wirkung der Einrede ist die, daß der Beklagte sich nicht eher zu weiteren Handlungen im Prozesse, selbst nicht einmal zur Litiscontestation zu verstehen braucht, so lange nicht die Restitution erfolgt ist[20]); ja selbst dem Richter ist es zur Pflicht gemacht, den Prozeß bis zum völligen Austrage der Restitution zu sistiren[21]), so daß spätere Prozeßhandlungen desselben der Strafe der Nullität unterliegen[22]). Es versteht sich dabei von selbst, daß die Restitution vollständig sein müsse, also nicht bloß die Wiedereinsetzung des Spoliirten in Besitz, dessen er widerrechtlich beraubt worden, sondern auch den Ersatz der Kosten und die Reparation aller verursachten Schäden betreffe[23]). Allein, daß diese Restitution nicht definitiv und selbstständig durch den Gebrauch der Exception erzwungen werden könne, das geht nicht allein aus der Natur der Exception als solcher hervor, sondern ist in besonderer Anwendung auf unser Rechtsmittel noch durch eine Decretale Innocenz III. bestimmt worden[24]). Die neueren Rechtsgelehrten rechnen diese Einrede zu den

---

13) A. a. O. S. 628, Note 1.
14) Cap. 1. in VI. de restit. spoliat.
15) C. 2. C. III. qu. 2. Cap. 2 u. 4. X. 2. 10. Vergl. Böhmer, ius ecclesiasticum Protestantium, lib. 2. tit. 13. §. 15. tom. I. p. 1134.
16) Cap. 1. in VI. 2. 5.
17) Cap. 1. in VI. 2. 5.
18) Cap. 2. pr. X. 2. 10. C. 13. X. ibid.
19) Cap. 1. in VI. 2. 5. Vergl. dazu Böhmer, exerc. laud. §. 13 u. 14. tom. V. p. 685—689.
20) Cap. 2. pr. c. 4. X. 2. 10.
21) C. 7. 10. X. 2. 13.
22) Cap. 10. X. 2. 13. Daher die Rechtsregel spoliatus ante omnia restituendus.
23) Cap. 11. X. 2. 13.
24) Cap. 2. §. 1. X. 2. 10.

dilatoriſchen, inſofern ſie nicht auf einem dauernden Grunde beruhet; freilich aber nicht im Sinne des J. R. A., nach welchem verzögerliche Einreden gleich im erſten Termine vorzubringen ſind und ihnen die Litiscontestation angehängt werden ſoll. Vielmehr kann die vorliegende Einrede in jedem Theile des Prozeſſes bis zur Fällung des Endurtheils vorgeſchützt werden; ja, wenn ſie vor der Litiscontestation vorgebracht wird, kann dieſe ſogar unterlaſſen werden [25]). Sie kommt in Wegfall, wo ſie das Geſetz in Rückſicht des öffentlichen Wohles ausgeſchloſſen hat, und wo die Reſtitution der Sache nach moraliſch unmöglich iſt. Das erſte iſt der Fall, wenn in der Klage von dem Recht oder der Sache einer Kirche die Rede iſt, in der Exception aber von dem Rechte einer Privatperſon, oder umgekehrt [26]). Das zweite, wenn die Reſtitution eine Todſünde enthalten würde, z. B. bei der Trennung von Ehegatten, welche in einem verbotenen Grade mit einander verwandt ſind, kann die Reſtitution nicht in Betreff der ehelichen Pflicht geſchehen [27]), obſchon dieſelbe in jeder andern Beziehung vorgenommen werden kann [28]). Auch kommt ſie in Wegfall, wenn das Interdictum unde vi angeſtellt wird und der Kläger den Beklagten früherhin aus dem Beſitze derſelben Sache verdrängt hat, denn als dilatoriſche Einrede kann ſie hier nicht in Betracht kommen, und als peremtoriſche wird ſie durch die Satzungen des römiſchen Rechtes ausgeſchloſſen [29]).

**Exceptio temporis** (Verjährungseinrede) heißt in der Kunſtſprache der neueren Rechtsgelehrten die Einrede, welche der Beklagte auf den Umſtand gründet, daß die für die Anſtellung der Klage durch das Geſetz beſtimmte Zeitfriſt ungenützt abgelaufen und daher die ſpätere Anſtellung einer ſolchen Klage unzuläſſig ſei. Am früheſten kommt die Verjährungseinrede wohl bei den prätoriſchen Klagen vor, deren Wirkſamkeit ſich natürlich nicht über ein Jahr hinaus erſtrecken konnte, da der Prätor nur ein Jahr lang die Magiſtratur verwaltete, mithin auch nicht eigenmächtig Klagen über die Zeitfriſt eines Jahres hinaus im Edicte verſprechen konnte [1]). Daher denn die Ausdrücke des Edictes actionem intra annum dabo [2]); intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo [3]); intra annum, quo primum experiundi potestas fuit, agere permittam [4]) u. ſ. w. Wurde nun die Klage nach dem Ablauf der angegebenen Zeitfriſt angeſtellt, ſo konnte ſchon zu den Zeiten der claſſiſchen Juriſten der Beklagte die Einrede der jährigen Verjährungs-

25) Vergl. Böhmer, exerc. XCI. §. 10. tom. V. p. 680—682.
26) Cap. 1. §. 2. in VI. 2. 5.
27) Cap. 13. X. 2. 13.
28) Cap. 10. X. 2. 13.
29) Vergl. Savigny a. a. O. S. 630.

1) Pr. J. de perpetuis et temporalibus actionibus (4. 12.) ibique Theoph. ed. Reitz tom. II. p. 870.
2) L. 1. §. 1. D. ex quibus causis maiores. (4. 6.)
3) L. 1. pr. D. quae in fraudem creditorum. (42. 8.)
4) L. 1. pr. D. uti possidetis. (43. 17.)

frist brauchen, welche in dieser Beziehung auch annua exceptio genannt wird [5]), und doch wohl keines weiteren Beweises bedürftig war. Daß in diesem Falle die Obligation, aus welcher das Klagrecht zustand, ganz vernichtet wurde, beweist nicht allein die Natur dieser peremtorischen Einrede, sondern auch die Art und Weise, wie die Pandektenjuristen von einer solchen verjährten Obligation sprechen [6]). Späterhin wurden auch einzelne von den civilen Klagen einer Verjährung unterworfen und seit der bekannten Constitution von Theodosius dem Zweiten wurde es zur Regel, daß die actiones perpetuae einer Verjährungsfrist von 30 Jahren unterworfen seien [7]). Der Ausnahmen gab es nur wenige, und auch diese sind durch die Verordnungen der folgenden Kaiser an bestimmte Verjährungsfristen gebunden worden. So verordnete Anastasius, daß für alle Fälle, in welchen nach der früheren Verordnung die dreißigjährige Verjährung nicht stattfindet, die vierzigjährige Platz ergreifen sollte [8]), und nur für die Vindication zum Curialnexus [9]) und die Abtragung öffentlicher Abgaben [10]) hat er in einer späteren Constitution eine Ausnahme zugelassen; für die hypothekarische Klage haben wir besondere Bestimmungen von Justin I. [11]), und auch Justinian hat diese Verordnungen theils durch eigene Constitutionen bestätigt [12]), theils ihnen durch ihre Aufnahme in seinen Codex Giltigkeit für die Folgezeit gesichert. Daß nun in allen diesen Fällen, wo der Ablauf der Verjährungsfrist die ursprünglich zustehende Klage aufhebt, diese Aufhebung nur auf dem Wege der Exception bewirkt werde, sagen die hier einschlagenden Constitutionen ausdrücklich [13]), und geht auch aus dem Titel der Institutionen de perpetuis et temporalibus actionibus (4. 12.) hervor, welcher voraussetzt, daß die perpetuae actiones des alten Civilrechtes auch noch zu den Zeiten Justinian's ipso iure nach dem Ablauf der Verjährungsfrist fortdauern. Die Verjährungseinrede wird aber auch hier dieselbe Wirkung gehabt haben, wie im vorigen Falle, d. h. die völlige Aufhebung der Obligation zur Folge gehabt haben, da sich dieß eines Theils aus der Natur der Exception von selbst ergibt, anderen Theils durch den Sprachgebrauch der kaiserlichen

---

5) L. 30. §. 5. D. de peculio. (15. 1.) L. 1. §. 10. D. quando de peculio actio annalis sit. (15. 2.)

6) Usque ad annum produci obligationem in L. 1. §. 3. D. 15. 2. Andere, z. B. de Schröter, in comm. de temporis vi in actionibus et interdictis tollendis (Jenae 1827), p. 6, nehmen für die prätorischen Klagen und Interdicte eine Aufhebung des Klagrechtes ipso iure an.

7) Const. un. Th. C. de actionibus certo tempore finiendis. (4. 14.) L. 3. C. J. de praescriptione XXX. vel XL. annorum. (7. 39.) Vgl. auch Nov. 8. von Valentinian III.

8) L. 4. C. 7. 39.

9) L. 5. C. 7. 39.

10) L. 6. C. 7. 39.

11) L. 7. C. 7. 39.

12) L. 1. §. 1. C. de annali exceptione Italici contractus tollenda. (7. 40.) L. 3. C. ibid.

13) L. 3—7. 9. C. 7. 39. L. 1. u. 3. C. 7. 40. Vergl. Schröter l. c. p. 7—9.

Conſtitutionen beſtätigt wird [14]). — Eine andere Bedeutung hat die exceptio temporis bei der in den römiſchen Rechtsquellen anerkannten Verjährung der Litispendenz, zwar nicht jener alten, welche nach der lex Julia in den iudicia legitima durch den Ablauf eines Jahres und ſechs Monaten von der Litiscontеſtation an gerechnet eintrat [15]), und in dem Pandektenrecht als geltend vorausgeſetzt wird [16]), oder der, welche nach uralten Grundſätzen des römiſchen Staatsrechtes in den iudicia, quae imperio continentur, ſofort eintrat, als der Magiſtrat, welcher das Judicium angeordnet hatte, das Imperium verlor [17]), wohl aber bei der neuen, welche aus den Conſtitutionen der neueren Kaiſer ſtammt [18]). Nach der Verordnung von Theodoſius dem Zweiten, welche die dreißigjährige Klagenverjährung eingeführt hat, ſoll nämlich auch dann, wenn die wirkliche Einführung der Klage vor Gericht bereits ſtattgefunden hat, das Klagrecht als erloſchen gelten, wenn der anhängig gemachte Rechtsſtreit dreißig Jahre hindurch liegen geblieben iſt [19]). Dieſe Beſtimmung wurde ſpäter für das Abendland dahin modificirt, daß alle Klagen innerhalb dreißig Jahren nicht bloß angeſtellt, ſondern auch der Prozeß binnen dieſer Zeit beendigt werden ſolle [20]). Im Morgenlande hat dieſe Modification nie Eingang gefunden, vielmehr iſt daſelbſt, wie wir aus einer Conſtitution von Juſtinian ſehen, nur die oben gedachte Verordnung Theodoſius II. in Giltigkeit geweſen [21]). Nach Juſtinian's Verordnung iſt die dreißigjährige Friſt für dieſen Fall aufgehoben und eine vierzigjährige an deren Stelle geſetzt worden [22]). Daß auch dieſe Verjährung durch eine Einrede geltend gemacht werde, folgt aus dem Umſtande, daß ſie der Klagenverjährung in L. un. Th. C. 4. 14. gleichgeſtellt wird, und zum Ueberfluſſe wird noch in L. 9. Just. Cod. 7. 39. dieſe exceptio mehrmals ausdrücklich erwähnt. Die Wirkung dieſer Einrede iſt nicht

14) Th. C. de actionibus certo tempore finiendis. (4. 14.) So iſt von einem actionem tolli, expirare, finiri, extingui, von post triginta annos nulla penitus iurgia excitari, von nullum ius privatum vel publicum, quod praedictorum XL. annorum extinctum est iugi silentio, moveatur häufig in den angeführten Conſtitutionen die Rede. Vgl. Schröter l. c. p. 9—11.

15) Caius, inst. IV. 103—105. Vergl. Keller, über Litiscontеſtation und Urtheil, S. 130—138.

16) L. 2. D. de diversis temporalibus praescriptionibus. (44. 3.) L. 3. §. 1. D. quae in fraudem creditorum. (42. 8.) L. 30. §. 1. D. ad legem Aquiliam. (9. 2.) L. 8. §. 1. D. ratam rem haberi. (46. 8.) L. 18. §. 4. D. de dolo malo. (4. 3.) L. 2. D. iudicatum solvi. (46. 7.)

17) Caius, inst. IV. §. 105.

18) Vgl. Linde, über die Verjährung des Prozeſſes und der Litispendenz, in Linde's Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 2, S. 156—176.

19) L. un. Th. C. de actionibus certo tempore finiendis. (4. 14.) In L. 3. C. de praescriptione XXX. vel XL. annorum (7. 39.) iſt die fragliche Stelle weggeblieben.

20) Nov. Val. III. nr. 8. ed. Jacob. Gothofr. tom. VI. pte 2. p. 118, 119.

21) L. 9. C. 7. 39.

22) L. 9. C. 7. 39. L. 1. §. 1. C. de annali exceptione Italici contractus. (7. 40.)

von der anderer Exceptionen verschieden; daß das ganze Recht erlischt, also nicht eine naturalis obligatio zurückbleibt, geht daraus hervor, daß dieß Institut in dieser Beziehung, wie die Extinctivverjährung, beurtheilt werden muß, und Ausdrücke von der ehemaligen dreißigjährigen Verjährung gebraucht werden, welche nur von einem völligen Erlöschen des ganzen Rechtes verstanden werden können [23]). Der Anfang dieser Verjährungsfrist wird von der Zeit an berechnet, wo die letzte Partheihandlung im Prozesse und die damit verbundene richterliche Cognition vorgekommen ist [24]). Manche neuere Rechtsgelehrten haben die Anwendbarkeit dieser Verjährung auf die Auctorität Joh. Ulrich von Cramer hin für das heutige Recht in Abrede gestellt. Allein, da sie auch bei den ehemaligen Reichsgerichten als geltend anerkannt war, so scheint kein Grund vorhanden, sie aus den heutigen Territorialgerichten auszuschließen [25]).

**Exceptio vitiosae possessionis** [1]) heißt in der Kunstsprache der neueren Rechtsgelehrten die gegen gewisse Besitzklagen stattfindende Einrede, daß der Kläger den Besitz, welchen er beansprucht, fehlerhafter Weise, d. h. entweder durch Gewalt oder heimlicher Weise oder bittweise (vi, clam aut precario), erworben habe, um die Abwendung der Condemnation herbeizuführen. Die Zusammenstellung dieser drei vitia possessionis ist uralt [2]), und gewiß auch zeitig in das prätorische Edict übertragen worden, da auf jedes derselben ein besonderes Interdict gegründet worden. Da sich nun diese Interdicte bereits zu Cicero's Zeiten in der Praxis vorfanden [3]), so konnte es nicht fehlen, daß man Ansprüche, welche auf dem Wege der Klage geltend gemacht werden konnten, auch auf dem Wege der Einreden zu realisiren suchte, da es ja nur als ein abgekürztes Verfahren erscheinen mußte, wenn man den Wegfall der Gründe, aus welchen man die Herausgabe von Sachen selbstständig beanspruchen konnte, bei den Besitzklagen voraussetzte. So kam man nach

---

23) L. 9. Iust. Cod. 7. 39.: Iure suo lapsi und später suas fortunas ad alios translatas videntes merito quidem sine remedio antea lugebant. Vgl. Linde a. a. O. Th. 2, S. 190.

24) L. 9. C. 7. 39.: Ex quo novissima processit cognitio, postquam utraque pars cessavit. L. 1. §. 1. C. 7. 40.: Ex quo novissimum litigatores tacuerunt.

25) Vgl. Linde a. a. O. Th. 2, S. 193—225.

1) Die Literatur über diese Einrede findet sich in den Schriften über den Besitz bei Gelegenheit der possessorischen Interdicte. Vorzüglich gehören hierher die bekannten Schriften von Cuperus (diss. inaug.), observationes selectae de natura possessionis, Lugd. Batav. 1789, 4., neue Ausgabe von Thibaut, Jena 1804, 8., und Savigny, das Recht des Besitzes, 6. Ausgabe. — Ueber die Stellung der Einrede im Civilprozeß vgl. Zimmern, der römische Civilprozeß bis auf Justinian, §. 92, Note 13, S. 288.

2) Terent. eunuch. 2. 8. vs. 27 u. 28.

3) Vom Interdictum de vi handelt bekanntlich Cicero's Rede pro Caecina; auch kommt es in der neu aufgefundenen Rede pro Tullio vor; für das Interdictum de clandestina possessione und de precario ergibt es sich aus Cic. in Rullum III. 3.

der Bestimmung des Begriffes possessio bei den Interdicten darauf, auch das nec vi, nec clam, nec precario possidere als ein Erforderniß derselben im Edicte aufzustellen [4]). Als nun späterhin das Verfahren durch formulae eingeführt wurde, und die Exceptionen entstanden, gewöhnte man sich daran, diese Erfordernisse als Exceptionen [5]) anzusehen, und nach den allgemeinen Regeln, welche von diesen gelten, zu behandeln.

Die Sphäre unserer Exception beschränkt sich nach dem classischen Pandektenrechte auf folgende Besitzklagen: 1) Im Interdictum unde vi beschränkte sich die Anwendung der Einrede zu den Zeiten Cicero's nur auf den Fall, wenn keine Waffen gebraucht worden waren [6]), was Cicero vis quotidiana nennt, und daß dieß noch zu den Zeiten von Cajus geltendes Recht war, folgt aus einer lückenhaften Stelle seiner Institutionen [7]). Wie alt hier die Einrede war, zeigt bereits die Fassung des thorischen Ackergesetzes. Die Anwendung unserer Einrede beschränkte sich aber auch hier nur auf den Fall, wenn die Gewaltthätigkeit, die Heimlichkeit oder das Bittweisehaben gegen den jetzigen Beklagten vorgefallen war, was in den römischen Rechtsquellen mit den Worten vi, clam aut precario ab adversario possidere ausgedrückt wird, und nur unter dieser Einschränkung ist es zu verstehen, wenn Paullus in seinen Sentenzen bemerkt, daß der Gegner im Prozesse gegen den vitiosus possessor Gewalt brauchen dürfe, ohne daß er das Interdict zu fürchten habe [8]). Justinian hat diese Exception im vorliegenden Falle allgemein verworfen [9]), ja er behandelt diese Ungiltigkeit als eine bekannte Sache; nur über den Grund der Verfügung herrschen unter den neueren Juristen allerlei Meinungen. Bald soll Justinian das alte Recht stillschweigend geändert haben, bald soll die Aenderung in einer verlorenen Constitution vorgenommen worden sein, bald soll Tribonian über das alte Recht ganz unwissend gewesen sein. Die Sache bedurfte indeß wohl überall nicht

---

4) Cic. pro Caecina cap. 8 u. 32, pro Tullio c. 44, lex Thoria bei Sigonius de antiquitatibus Italiae II. 2. für das Interdictum unde vi; L. 1. §. 5 u. 9. D. uti possidetis (43. 17.), L. 17. D. de precario (43. 26.) für das Interdictum uti possidetis; L. 1. pr. D. de superficiebus (43. 18.) für das Interdictum de superficiebus; L. 1. pr. D. de itinere actuque privato (43. 19.), L. 1. §. 11 u. 12. D. ibid., L. 3. §. 2. D. ibid., L. 6. D. ibid. für das Interdictum de itinere actuque privato; L. 3. §. 11. D. ibid. für das Interdictum ut iter reficere liceat.; L. 1. §. 19. D. de aqua quotidiana (43. 20.), L. 1. §. 20. D. ibid. für das Interdictum de aqua quotidiana et aestiva; L. 1. pr. D. de rivis (43. 21.), L. 1. §. 9. D. ibid. für das Interdictum de rivis; L. un. pr. u. §. 6. D. de fonte (43. 22.) für das Interdictum ut fontem reficere liceat.

5) Cic. ad fam. VII. 13. L. 1. §. 11. D. de itinere. (43. 19.) L. 7. §. 3 u. 4. L. 22. §. 2. D. quod vi aut clam. (43. 24.) Vgl. Schröter, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 2, S. 252.

6) Cic. pro Caec. c. 8, 22, 31, 32, pro Tullio c. 44, epist. ad. fam. VII. 13. Vgl. Savigny, das Recht des Besitzes, S. 513, 543.

7) Caius, inst. IV. §. 154, 155.

8) Paulli sent. rec. V. 6. §. 7.

9) §. 6. J. de interdictis. (4. 15.)

eines neuen Gesetzes, da sie sich als Folge eines andern sehr bekannten neuen Rechtssatzes von selbst verstand. Nach den Constitutionen nämlich sollte durch die Deiection sogar das Eigenthum verloren werden, wenn dieß der Verletzer vorher hatte; um so mehr alles Recht aus dem bloßen Besitz, wenn er etwa vorher Besitzer der Sache gewesen war [10]). Nun gründete sich aber jene Exception auf das vorige ius possessionis, also war es natürlich, daß dieselbe seit jenen Constitutionen nicht mehr gelten konnte. In den Justinianischen Pandekten sind recht absichtlich die Stellen weggelassen worden, welche eine Abweichung des alten Rechtes direct beweisen könnten, wenn schon Spuren des alten Rechtes auch hier übrig geblieben sind [11]). 2) Bei dem Interdictum uti possidetis gewinnt nicht der Kläger, sondern der Beklagte, wenn der Besitz des ersteren mit Gewalt oder heimlich oder durch ein precarium angefangen hat [12]), doch muß diese unrechtliche Handlung auch hier zwischen denselben Personen vorgefallen sein, welche jetzt als Kläger und Beklagte auftreten (ab adversario vi, clam aut precario possidere), also fällt die Einrede weg, wenn die unrechtliche Handlung entweder von dem Auctor des Klägers [13]) oder gegen eine andere Person, als den Beklagten [14]), verübt worden ist. Der Grund dieser Exception liegt ganz allgemein darin, daß dem Beklagten ohnehin ein interdictum recuperandae possessionis zustehen würde; anstatt also den Beklagten, der freilich nicht Besitzer ist, in unserm Interdicte verlieren und ihn dann in einem zweiten Prozeß gewinnen zu lassen, wird nach einer sehr natürlichen Abkürzung des Verfahrens der Kläger gleich jetzt abgewiesen. 3) Bei dem interdictum de superficiebus werden dieselben Grundsätze gelten müssen, wie bei dem vorigen, da auf der einen Seite unsere Exception schon in der betreffenden Stelle des prätorischen Edictes erwähnt wird [15]), anderntheils das erstere nur als eine Ausdehnung des letzteren auf das Recht der Superficies erscheint [16]). 4) Bei dem interdictum utrubi kam bereits in dem vorjustinianischen Rechte, wo nach einer besonderen, uns sonst nicht weiter erklärlichen Fiction der Besitz der maior anni pars für den gegenwärtigen Besitz genommen wurde [17]) und in dieser Beziehung auch der Nachmann sich den Besitz seines Vordermannes zu Gute rechnen konnte, bereits die exceptio vitiosae possessionis in demselben Um-

---

10) Daran dachte schon Schulting in Paulli sent. recept. V. 6. §. 7, neuerdings Savigny a. a. O. S. 542.

11) L. 1. §. 30. D. 43.16. L. 14. 17. u. 18. pr. D. ibid.

12) Caius, inst. IV. §. 150. L. 1. pr. §. 5. L. 3. pr. D. uti possidetis. (43. 17.) §. 4. J. de interdictis. (4. 15.)

13) L. 3. §. 10. D. ibid.

14) L. 1. §. 9. D. ibid. L. 2. D. ibid. Vergl. L. 53. D. de adquir. vel omitt. possess. (41. 2.) §. 4. J. de interdictis. (4. 15.) L. 17. D. de precario. (43. 26.)

15) L. 1. pr. D. de superficiebus. (43. 18.)

16) L. 1. §. 2. D. 43. 18. L. 3. §. 7. D. uti possidetis. (43. 17.)

17) L. 1. pr. u. §. 1. D. utrubi. (43. 31.) Caius, inst. IV. §. 149, 150, 152. Vergl. Savigny a. a. O. S. 501—503.

fange vor, wie bei dem interdictum uti possidetis [18]), und daß es auch späterhin, als nach Justinianischem Rechte die Grundsätze des letzteren Interdictes auf dies erstere übertragen wurden, dabei verblieben ist, bezeugen die Justinianischen Institutionen [19]). — So weit erstreckt sich die Anwendung der exceptio in Betreff der Besitzklagen; allein auch bei den Rechtsmitteln, welche zum Schutze der quasi possessio eingeführt waren, ist die vorliegende Einrede zugelassen worden. Die Anwendungen, in welchen sie hier vorkommt, sind folgende: 1) Im interdictum de itinere actuque privato siegt bekanntlich der, welcher in dem verflossenen Jahre (von der Klage an gerechnet) wenigstens an dreißig verschiedenen Tagen das Recht der Servitut ausgeübt hat [20]), allein in diese dreißig Tage werden alle die Tage nicht eingerechnet, an welchen nur durch Gewalt, oder heimlich oder precario die Servitut ausgeübt worden [21]). Dieß ist die einzige Bedeutung unserer Exception bei dem Interdict, und es ist nicht etwa schon darum eine Einrede begründet, weil außer den dreißig Tagen auch noch mit Gewalt oder heimlich oder precario die Servitut ist ausgeübt worden [22]). Uebrigens müssen solche Unrechtlichkeiten, welche die Exception begründen, entweder gegen den Beklagten selbst, oder gegen dessen Vordermann vorgefallen sein [23]), und selbst Singularsuccessoren werden hier berücksichtigt [24]). 2) Bei dem Interdict ut iter reficere liceat findet die Exception in dem nämlichen Umfange und nach denselben Regeln statt, wie bei den zuerst genannten [25]). 3) Bei dem Interdictum de aqua, wo die Ausübung der Servitut mit der Ueberzeugung, daß das Recht der Servitut wirklich vorhanden sei [26]) und zwar im letztverflossenen Jahre, oder wenn die Wasserleitung nur im Sommer oder nur im Winter gebraucht wird, wenigstens in den letzten anderthalb Jahren verlangt wird, ist die Exception schon dann begründet, wenn die Servitut auf unrechtmäßige Art (vi, clam aut precario) ausgeübt worden ist [27]). Die Bedeutung der Exception ist auch hier dieselbe, wie bei den vorigen Interdicten, daß nämlich die fehlerhaften Besitzhandlungen nicht weiter bei dem Beweise der Klage berücksichtigt werden [28]). Auch muß die Widerrechtlichkeit gegen die andere Prozeßparthei vorgefallen sein, wenn sie überhaupt bei dem Beweise der Einrede berücksichtigt werden soll [29]). 4) Im Interdictum de rivis, welches ganz dieselben Bedingungen hat, wie das vorige [30]), gilt eben-

18) Caius, inst. IV. §. 150, 151. L. 1. §. 1. D. 43. 31. §. 4. J. 4. 15. Vgl. Savigny a. a. O. S. 504 u. 505.
19) §. 4. J. 4. 15.
20) L. 1. §. 2 u. 3, 12. D. de itinere actuque privato. (43. 19.)
21) L. 1. pr. L. 3. pr. §. 1. D. ibid.
22) L. 1. §. 12. L. 2. L. 6. D. 43. 19.
23) L. 1. pr. D. 43. 19.
24) L. 3. pr. u. §. 2. D. 43. 19.
25) L. 3. §. 11, 13. D. 43. 19.
26) L. 1. §. 10 u. 19. D. de aqua quotidiana et aestiva. (43. 20.)
27) L. 1. pr. §. 10, 20. D. 43. 20.
28) L. 1. §. 20. D. 43. 20.
29) L. 1. pr. D. 43. 20.
30) L. 3. §. 7. D. de rivis. (43. 21.)

falls die Einrede unter gleichen Voraussetzungen [31]). 5) In den beiden zum Schutz der servitus aquae hauriendae eingeführten Interdicten, von denen das eine die künftige Ausübung der Servitut, das andere die Ausbesserung des Brunnens, worauf diese sich bezieht, bezweckt, kommt die Einrede in ähnlicher Weise zur Anwendung wie bei dem interdictum de aqua und de rivis [32]). Im Interdictum de cloacis bleibt unsere Einrede in Rücksicht auf den öffentlichen Nutzen ausgeschlossen [33]).

Eine weitere Anwendung unserer Einrede ist es, wenn auch bei dem Interdictum quod vi aut clam die Einrede si non vi nec clam nec precario feceris zugelassen wird [34]). Freilich ist hier überall nicht von einem Besitze oder Quasibesitz die Rede, sondern nur von einer widerrechtlichen Verwirklichung des eigenen Willens. Daß auch hier die Widerrechtlichkeit gegen den jetzigen Beklagten vorgefallen sein müsse, um die Exception zu begründen, versteht sich von selbst. Der Grund, aus welchem die Einrede hier verstattet wird, ist ganz der nämliche, wie in den früher erörterten Fällen. Man suchte nämlich doppelte Prozesse zu vermeiden und gestattete dem, welcher gegen den jetzigen Kläger ein besonderes Interdict hätte anstellen können, die Ausführung seiner Gerechtsame schon im jetzigen Prozesse [35]). Gleichwohl ließ man die formelle Vorschützung der Einrede nur aus besonders erheblichen Gründen zu [35]), und überließ es sonst dem richterlichen Ermessen, widerrechtliche Handlungen des Klägers gegen den Beklagten bei der Abgabe der Sentenz zu berücksichtigen.

Was den Beweis unserer Einrede betrifft, so entscheiden hier wohl die allgemeinen Regeln vom Beweise. Für die Meinung, daß der Kläger das Nichtvorhandensein des vitium possessionis nachzuweisen schuldig sei, ließe sich eine Stelle von Cicero [37]) anziehen, auch vielleicht der Umstand geltend machen, daß das Nichtvorhandensein der vitiosa possessio in dem prätorischen Edicte als ein Erforderniß der Interdicte angegeben wird, mit Ausnahme des Interdictes quod vi aut clam. Allein gegen den zuerst angeführten Grund läßt sich soviel mit Sicherheit einwenden, daß die Regeln vom Beweisverfahren zu den Zeiten der Republik noch nicht so fest bestimmt waren, wie wir sie zur Zeit der classischen Juristen ausgebildet finden; hierzu kommt, daß gerade die classischen Juristen den von der vitiosa possessio hergenommenen Einwand als exceptio betrachten, auch da, wo das Nichtvorhandensein des fehlerhaften Besitzes im Edicte als Erforderniß für die Zuständigkeit des

---

31) L. 1. pr. D. 43. 21. L. 1. §. 9. D. ibid.
32) L. 1. pr. u. §. 6. D. de fonte. (43. 22.)
33) L. 1. §. 7. D. de cloacis. (43. 23.)
34) L. 7. §. 3. L. 22. §. 2. D. quod vi aut clam. (43. 24.)
35) L. 22. §. 2. D. 43. 23.
36) L. 7. §. 3. D. 43. 23.
37) Cic. pro Caec. cap. 32. In illa vi quotidiana ne id quidem satis est, nisi docet ita se possedisse, ut nec vi, nec clam, nec praecario possederit.

Interdictes angegeben wird [38]). Und gerade dieser Umstand dürfte auch gegen den zuletzt genannten Grund entscheidend sein, um so mehr, da eine Widerrechtlichkeit nach den allgemeinen Regeln vom Beweise nicht vermuthet werden darf [39]). Heimbach.

**Einwerfung. Collation** [1]). Unter mehreren Erben ist regelmäßig das erbschaftliche Vermögen, und nur dieses, nach Verhältniß der Erbtheile zu vertheilen. In gewissen Fällen aber sind einzelne Erben ihren Miterben verpflichtet, zu der Theilungsmasse etwas hinzuzufügen oder auf ihren Antheil sich anrechnen zu lassen, was zu dem erbschaftlichen Vermögen nicht gehört. Dieses Hinzuthun eines an sich ihr fremden Bestandtheiles zu der gemeinschaftlichen Erbschaft ist es, was man unter Einwerfung oder Collation versteht. Von selbst ergibt sich hieraus, daß es nicht unter den Begriff der Collation falle, wenn ein Miterbe dasjenige, was er dem Erblasser schuldig war, etwa an die gemeinschaftliche Masse oder pro rata parte an die einzelnen Miterben herauszahlt; denn dieses war in Wahrheit in dem Vermögen der Erbschaft begriffen. Eben so wenig ist es Collation, wenn Kinder, die der väterlichen Gewalt des Verstorbenen unterworfen waren, den Miterben ihr Peculium (profectitium) herausgeben; denn dieses ist, obwohl factisch den Kindern überlassen, doch Vermögen des Vaters geblieben, und bildet also jetzt einen Bestandtheil der Erbschaft desselben. Eine wahre Collation aber nach dem angegebenen Begriffe kommt im römischen Rechte bei der Erbfolge von Descendenten in drei sehr verschiedenartigen Beziehungen vor, welche gesondert zu betrachten zweckmäßig scheint, um sichere Resultate für das praktische Recht zu gewinnen [2]).

I) Durch das prätorische Edict wurden als liberi zur bonorum possessio contra tabulas oder intestati, gemeinschaftlich mit den suis heredibus, welche nach Civilrecht ausschließlich erbten, auch die emancipirten Kinder des Erblassers berufen, oder vielmehr alle diejenigen leiblichen Descendenten desselben, welche vermöge des natürlichen Verwandtschaftsverhältnisses seine sui heredes sein würden, und nur in Folge einer Auflösung des in der väterlichen Gewalt beruhenden engeren römi-

---

38) L. 1. §. 11. D. de itinere actuque privato. (43. 19.)

39) L. 18. §. 1. D. de probationibus et praesumptionibus. (22. 3.) L. 6. C. de dolo malo. (2. 21.) L. 9. C. de his, quae vi metusve causa. (2. 20.) L. 13. C. de transactionibus. (2. 4.)

1) Die ausführlichste neuere Monographie über diese Lehre ist: K. Pfizer, über die Collation der Descendenten (Stuttgart 1807), S. 632. — Verdienstlicher als diese weitläufige Schrift, worüber zu vergl. Heidelb. Jahrb. für Jurisprudenz, Bd. 1, S. 105—120, sind Franke's Grundzüge der Lehre von der Collation, in dessen civ. Abh. (Göttingen 1826), Nr. 4. — Quellen: Dig. de collatione (bonorum). (37. 6.) De dotis collatione. (37. 7.) Cod. de collationibus. (6. 20.)

2) Vergl. über die Geschichte dieses Instituts: Unterholzner, diss. pertractans historiam iur. rom. de collat. Altdrf. 1809. Kämmerer, Beiträge, Nr. 7; vorzüglich aber Franke a. a. O.

ſchen Familienbandes es nicht wirklich waren [3]), aber auch zur Zeit nicht etwa einer fremden Familie angehörten [4]); welcher letzte Umſtand nur in einem beſonderen Fall die Theilnahme an der bonorum possessio contra tabulas (commisso per alios edicto) nicht hinderte [5]). Der Kürze wegen wollen wir im Folgenden regelmäßig nur die Emancipirten nennen und darunter alle zu jener Kategorie gehörenden Deſcendenten begreifen. Die Tendenz des prätoriſchen Edicts war alſo dieſe: in Rückſicht der Beerbung des Vaters und väterlicher Aſcendenten die Folgen jener Ausſcheidung aus der angebornen Familie aufzuheben und den Getrennten ein Erbrecht zu gewähren, gleich als hätte die Trennung nicht ſtattgefunden. Dabei konnte nun aber eine wichtige Verſchiedenheit zwiſchen dem Verhältniß der Emancipirten und der sui heredes nicht unbeachtet bleiben. Die letzten, als welche bis zum Tode des Erblaſſers unter deſſen Gewalt geſtanden, hatten kein eigenes Vermögen erwerben können; was ſie irgend erworben, war Theil des väterlichen Vermögens geworden und was davon zur Zeit des Todes noch vorhanden, war Theil der väterlichen Erbſchaft. Die Emancipirten dagegen konnten ſeit ihrem Austritt aus der väterlichen Familie eigenes Vermögen erworben haben, welches ſie nun unabhängig von der väterlichen Erbſchaft beſaßen. Hätte nun der Prätor deſſen nicht achtend dieſelben gleichmäßig mit den suis heredibus erben laſſen, ſo wären ſie in der That vor dieſen auf eine ſehr unbillige Weiſe bevorzugt worden. Dieſer Unbilligkeit zu begegnen, hätte etwa beſtimmt werden mögen, es ſolle auch den suis heredibus der durch ſie dem Vater gemachte Erwerb ausſchließlich vorbehalten ſein. Dadurch aber wäre auf unangemeſſene Weiſe in die Conſequenz des Rechtes eingeſchnitten worden, und in einzelnen Fällen wären unvermeidlich große Schwierigkeiten entſtanden, zu ermitteln, was und wie viel denn von der hinterlaſſenen Erbſchaft aus Erwerbungen der Kinder herrühre. Einfacher und conſequenter war es, ſowie in Rückſicht des Erbrechtes der Emancipirten die nachtheilige Wirkung der Ausſcheidung aus der natürlichen Familie durch die Ertheilung der bonorum possessio beſeitigt wurde, eben ſo auch in Rückſicht des von denſelben erworbenen Vermögens Gleiches zu erzielen, als wenn jene Ausſcheidung nicht ſtattgefunden hätte. Daher wurde denjenigen, welche jenes dem Civilrecht widerſtreitende prätoriſche Erbrecht in Anſpruch nahmen, zur Pflicht gemacht, all ihr Vermögen, das, wofern ſie nicht aus der Familie ausgeſchieden wären, zur Erbſchaft gehören müßte, den miterbenden suis heredibus zu conferiren, d. h. in Beziehung zu ihnen ſo zu behandeln, als ob es wirklich Theil der gemeinſchaftlichen Erbſchaft wäre [6]).

Stellen wir uns zu näherer Betrachtung dieſer Anordnung zunächſt auf den Standpunkt des Rechtes, wie es zur Zeit der claſſiſchen Juris-

---

3) L. 1. §. 6. L. 3. pr. L. 6. 7. 14. §. 1. L. 21. D. de bon. poss. c. t. (37. 4.) L. 1. §. 5—7. L. 4—6. D. si tab. test. nulla. (38. 6.)

4) L. 3. §. 6—9. L. 6. §. 4. D. de b. p. c. tab. L. 4. 9. D. si tab.

5) L. 8. §. 11. L. 11. pr. D. de b. p. c. t. Vergl. auch L. 3. §. 9. D. ibid.

6) L. 1. pr. D. de collat.

prudenz ausgebildet war und in dem betreffenden Titel der Juſtinianiſchen Pandekten noch ungetrübt erſcheint, ſo finden wir folgende Grundſätze anerkannt:

Es kommt nicht darauf an, ob im einzelnen Fall der suus heres zur Vermehrung des väterlichen Vermögens durch ſeinen Erwerb beigetragen. Es ſoll die juriſtiſche Ungleichheit zwiſchen dem emancipatus und suus, welche durch des letzten Vermögensunfähigkeit begründet iſt, durch den allgemeinen Rechtsſatz ausgeglichen werden. Entſpricht dieß dem Vortheil des Emancipirten nicht, deſſen Vermögen vielleicht beträchtlicher iſt als die Erbſchaft, ſo mag er auf dieſe verzichten und das nach Civilrecht ausſchließliche Erbrecht der sui heredes nicht beeinträchtigen [7]).

Aber auch nur den suis heredibus ſoll der Emancipirte zu conferiren ſchuldig ſein [8]), und nur denjenigen, welche durch ſeine Concurrenz in der Beerbung des Vaters beſchränkt werden, in dem Verhältniß, in welchem dieß der Fall iſt [9]). So hat z. B. ein emancipirter Enkel zunächſt nur den gleichſtehenden suis heredibus deſſelben Stammes zu conferiren, da es für die übrigen Stämme völlig gleichgiltig iſt, ob als Miterbe in jenem Stamme Einer mehr oder weniger auftrete, wenn nur nicht der Emancipirte einen eigenen Stamm bildet [10]). Und ſo auch conferirt der emancipirte Vater, nach dem edictum de coniungendis cum emancipato liberis eius, zunächſt nur den eigenen nicht emancipirten Kindern, mit welchen er zuſammen einen Erbſtamm bildet, und zwar ſo, daß er den Kindern zuſammen die Hälfte ſeines Vermögens mittheilen muß, die Hälfte für ſich behält, wie er auch den Stammtheil mit ihnen theilt [11]). Aus demſelben Grunde fällt die Collationsverbindlichkeit ganz weg, wenn der Emancipirte bonorum possessio gegen ein civilrechtlich giltiges Teſtament erlangt, in welchem der concurrirende suus nicht zu größerem Theile zum Erben eingeſetzt iſt, als ihm auch bei eintretender bonorum possessio contra tabulas verbleibt; denn alsdann wird ihm durch dieſe nichts von demjenigen entzogen, was er ohne dieſelbe, als eingeſetzter Erbe nach dem civilrechtlich giltigen Teſtament, erhalten haben würde; vielmehr kann ihm hier die Agnition der bonorum possessio von Seiten des präterirten Emancipatus ſogar vortheilhaft werden [12]). Und eben ſo findet nur pro parte die Collationsverbindlichkeit ſtatt, wenn der suus zwar auf einen größeren Erbtheil, als er bei der bonorum possessio behält, aber doch nicht auf das Ganze eingeſetzt iſt; wenn er z. B. auf drei Viertheile der Erbſchaft eingeſetzt worden, und nun durch das Zutreten des Emancipirten ein Vortheil ihm entzogen wird, ſo braucht dieſer auch nur nach gleichem Verhältniß zu conferiren [13]).

---

7) L. 2. §. 5. in f. D. h. t.
8) L. 3. §. 3. D. h. t. L. 11. Cod. h. t.
9) L. 1. §. 4. D. h. t.
10) Cf. L. 2. §. 6. 7. L. 7. 9. D. h. t.
11) L. 3. §. 6. D. h. t. L. 1. pr. §. 13—18. D. de coniung. cum. emanc. lib. (37. 8.) L. 5. pr. D. si tab.
12) L. 1. §. 4. D. h. t. cf. L. 8. §. 14. D. de b. p. c. t. Vgl. auch L. 20. §. 1. D. ibid.
13) L. 1. §. 3. D. h. t.

Emancipirte unter einander ſind nicht zur Collation verpflichtet. Unter ihnen beſteht nicht jene Rechtsungleichheit; allen Emancipirten aber iſt durch das prätoriſche Erbrecht ein bisher entbehrter Vortheil gewährt worden; und darin, daß der eine weniger als der andere eigenes Vermögen erworben habe, erkannte der Prätor keinen Grund zur Beſchwerde für jenen [14]). Selbſt wenn mehrere Emancipirte mit suis heredibus concurriren, ſo kommen doch bei der dieſen letzten von einem jeden der erſten zu leiſtenden Collation auch rückſichtlich der Theilbeſtimmung die übrigen Emancipirten nicht in Betracht; z. B. wenn zwei Emancipirte und zwei sui heredes vorhanden ſind, ſo hat jeder von den Emancipirten drei Theile des der Collation unterworfenen Vermögens zu machen, einen für ſich, zwei für die beiden sui heredes, gleich als erbte er mit dieſen allein, obwohl doch die väterliche Erbſchaft durch die Concurrenz des zweiten Emancipirten in vier Theile zerfällt [15]).

Die Collation beſchränkt ſich nur auf den Fall der bonorum possessio contra tabulas und unde liberi [16]); und zwar fand ſie auch hierbei nach dem Edicte nur unter der Vorausſetzung ſtatt, daß auch die sui heredes die bonorum possessio agnoſcirten, nicht blos mit ihrem Civilerbrecht ſich begnügten, auf welchen Umſtand jedoch nach der verſtändigen Interpretation ſpäterer Juriſten kein Gewicht mehr gelegt wurde [17]). Die teſtamentariſche Erbfolge war ſchon nach Civilrecht von jeher den Emancipirten wie den suis heredibus gleich zugänglich, und wenn hier der Teſtator eine Gleichſtellung beider, mit Rückſicht auf die bisherige Vermögensunfähigkeit der letzten, beabſichtigt, ſo mag er dieſe durch beſondere Verfügungen erwirken [18]). Sonſt erhält der Emancipirte unverkürzt den ihm angewieſenen Erbtheil, ex iudicio defuncti, ſo wie er auch im Fall der bonorum possessio contra tabulas nichts zu conferiren braucht, wenn er durch die Theilnahme an derſelben nicht mehr erhält, als ihm in dem angefochtenen Teſtament durch Erbeinſetzung oder Vermächtniß zugewendet worden [19]).

Die Collation iſt aber für die Collationspflichtigen nicht Bedingung der Agnition der bonorum possessio. Sie können dieſe ohne Weiteres agnoſciren und ſo auch ihren Erben ſichern. Aber in Folge davon tritt die Verbindlichkeit zur Collation ein [20]). Wegen Erfüllung derſelben ſoll nach dem Edicte Caution geleiſtet werden, und zwar mit Bürgen (satisdatio) oder doch durch Pfandbeſtellung [21]). Doch wird es natürlich ge-

---

14) L. 2. §. 5. D. h. t. L. 9. Cod. h. t.

15) L. 1. §. 24. L. 3. §. 2. D. h. t. Ueber L. 1. §. 16. D. de coniung. cum em. lib. vgl. Cuiac. obs. III. 29. Pfizer, §. 10.

16) L. 1. pr. cit. Cf. L. 20. §. 1. D. de bon. poss. c. tab.

17) L. 1. §. 1. 2. L. 10. D. h. t.

18) L. 6. D. de dot. collat. L. 1. cf. L. 7. Cod. h. t.

19) L. 1. §. 6. 7. D. h. t.

20) L. 3. pr. D. h. t. Vgl. Ulpian. XXVIII. 4. datur b. p., si parati sint cavere etc. Natürlich verweigerte der Prätor lieber gleich die Ertheilung der b. p., wenn die Petenten von vornherein ſich widerwillig zeigten.

21) L. 1. §. 9. D. h. t. cf. L. 5. §. 1—3. ibid.

nügend gefunden, wenn das fragliche Vermögen sofort zur Theilung hingegeben oder der entsprechende Theil den Berechtigten ausgeantwortet [22]), oder auch auf andere Weise den Ansprüchen derselben sofort vollkommen Genüge geleistet wird [23]); nur können diese, sofern über den Bestand des Vermögens irgend eine Ungewißheit herrscht, jedenfalls noch wegen vollständiger Erfüllung der Verbindlichkeit Sicherheit verlangen [24]). Diesen Anforderungen nachzukommen, dazu wird der Collationspflichtige indirect dadurch angehalten, daß ihm widrigenfalls der Vortheil der bonorum possessio entzogen werden kann. Es werden ihm die fictitiae actiones, welche sonst dem bonorum possessor zu Gebote stehen [25]), und natürlich eben so auch die exceptiones, welche er sonst dem als alleinigen Civilerben klagenden suus heres entgegensetzen könnte [26]), denegirt, und so wird denn das Civilerbrecht des suus heres von der beschränkenden Concurrenz des Emancipirten befreit [27]). Und zwar gewährt es, wenn etwa von mehreren Emancipirten, die bereits bonorum possessio agnoscirt haben, der eine oder andere nicht cavirt oder conferirt, nur den Collationsberechtigten einen Zuwachs der Erbschaft [28]); es tritt nicht für alle Miterben ius accrescendi ein, als hätte jener Emancipirte die bonorum possessio gar nicht erworben [29]). Dagegen werden dem Emancipirten die Erbschaftsklagen gänzlich denegirt, wenn er auch nur einem von mehreren Collationsberechtigten das Erforderliche nicht leistet [30]). Jedoch nur dann findet diese Strenge Anwendung, wenn der Collationspflichtige böslicher ungehorsamer Weise (per contumaciam) die Caution vorenthält [31]), und selbst dann kann er doch durch nachträgliche Cautionsleistung seine Erbansprüche wieder zu Kräften bringen [32]). Wenn er nur aus Unvermögen der Auflage nicht alsbald genügt, so wird jede mögliche schonende Rücksicht für ihn genommen, und nöthigenfalls durch Bestellung eines Curators für seinen Erbtheil geholfen [33]). Uebrigens kann die Caution auch schon vor Agnition der bonorum possessio geleistet werden; dann aber

---

22) L. 1. §. 12. ibid. Aut enim re aut cautione facienda collatio est. Vgl. Paulli sent. V. 9. §. 4. Emancipati ... de conferendo cavere cum satisdatione debebunt. Quodsi satisdare non possunt, statim ex fide bonorum confusionem... facere cogendi sunt.

23) L. 1. §. 12. ibid. Z. B. Si tantum forte ex bonis paternis emancipatus remittat, quantum ex collatione suus habere debet; oder: si nomen paterni debitoris delegaverit, vel fundum remve aliam dederit pro portione bonorum, quae conferre debuit.

24) L. 1. §. 11. cit. Si igitur constet inter partes, quid sit in bonis emancipati, sufficiens collatio est divisio; si non constet ... tunc propter incertum cautio erit interponenda.

25) Ulp. XXVIII. 12. Cai. IV. 34.

26) L. 15. D. de b. p. c. t. L. 2. D. de except. rei iud.

27) L. 3. pr. in f. D. h. t. L. 11. Cod. h. t. cf. L. 8. D. h. t.

28) L. 2. §. 8. D. h. t.

29) L. 3. §. 9. L. 5. D. de bon. poss. (37. 1.)

30) L. 1. §. 13. D. h. t.

31) L. 1. §. 13. cit.

32) L. 1. §. 10. in f. ibid. cf. L. 8. ibid.

33) L. 1. §. 10. 13. L. 2. §. 9. D. h. t.

iſt ſie nur bindend, unter der Vorausſetzung, daß dieſe wirklich nachfolge; und wenn der Emancipirte reell conferirt hat, agnoſcirt aber nachher die bonorum possessio nicht, ſo ſteht ihm die condictio des Gegebenen zu[34]). Wenn er dagegen einmal die bonorum possessio erworben und Caution geleiſtet hat, ſo kann er nicht mehr willkürlich zurücktreten, ſondern es kann nunmehr aus dem Cautionsverſprechen wegen Nichtleiſtung geklagt werden[35]).

Die Collationsverbindlichkeit geht auf die Erben des Emancipirten über, inſofern das Erbrecht deſſelben ihnen zu gut kommt, wenn er nach bereits agnoſcirter bonorum possessio geſtorben iſt[36]). Eben ſo können andererſeits auch die Erben des suus heres ſie noch in Anſpruch nehmen[37]). Es kann aber auch die Verbindlichkeit zu conferiren einen Anderen treffen, in deſſen Gewalt nämlich der zur bonorum possessio berufene Extraneus ſich befindet. Dieß kommt vor, wenn der Vater den Sohn emancipirt, den Enkel von dieſem Sohne aber in ſeiner Gewalt zurückbehalten hat, und nun der Sohn mit Hinterlaſſung von sui heredes vor jenen beiden geſtorben iſt. Hier wird dem Enkel die bonorum possessio des natürlichen Vaters ſowohl ex edicto unde liberi als contra tabulas deferirt, weil er, obwohl noch in der väterlichen Gewalt des Großvaters, doch nicht in aliena familia ſich befindet[38]). Er kann aber als homo alieni iuris nach claſſiſchem Rechte nur dem Großvater auf deſſen Geheiß die bonorum possessio erwerben, ſo wie auch, was er bisher erworben, nur in des Großvaters Vermögen gekommen war. Will nun hier der Großvater durch den Enkel an der Erbſchaft Theil haben, ſo muß er auch für denſelben conferiren. Indeſſen ſteht es ihm frei, den Enkel zu emancipiren, damit dieſer für ſich ſelbſt die Erbſchaft annehme[39]). Ebenſo verhält es ſich in dem Falle, wenn ein in fremder Adoptivfamilie befindlicher Sohn als eingeſetzter Erbe commisso per alios edicto an der bonorum possessio contra tabulas Theil nimmt[40]). Inſofern durch ihn der Adoptivvater erwirbt, muß dieſer auch für ihn conferiren; derſelbe kann ihn aber auch emancipiren und ſelbſtſtändig die bonorum possessio agnoſciren laſſen; nur darf dieſes nicht betrüglicher Weiſe geſchehen[41]).

---

34) L. 3. §. 5. D. h. t.
35) L. 5. §. 1—3. D. h. t.
36) Arg. L. 3. pr. D. h. t.
37) L. 1. §. 8. D. h. t. Dieſe Stelle erkennt dem Erben des suus nur dann den Anſpruch auf Collation zu, wenn der letzte bonorum possessio agnoſcirt hatte. Wenn aber anerkannt wird, daß dem suus auch ohne Agnition der bon. possessio der Anſpruch auf Collation zuſtehe, ſo wäre es nicht conſequent, dem Erben deſſelben dieſen Anſpruch nicht eben ſo zuzuerkennen, wo der suus z. B. in Ermangelung eines civilrechtlich giltigen Teſtamentes als Inteſtaterbe die Erbſchaft ipso iure erworben hatte, und nun darin durch die Concurrenz des Emancipirten eine Beſchränkung erlitt. — Cf. L. 14. Cod. h. t.
38) L. 7. 21. D. de b. p. c. t. L. 6. D. si tab.
39) L. 6. cit. L. 5. pr. D. h. t.
40) Vgl. Note 5.
41) L. 1. §. 14. L. 5. pr. in f. D. h. t. cf. L. 2. D. de dot. collat.

Beſonders wichtig iſt nun noch, den Gegenſtand dieſer Collation der Emancipirten genauer zu beſtimmen, was von ſelbſt auch auf die ſpätere Geſtaltung dieſer Lehre, nach der Zeit der claſſiſchen Jurisprudenz, führen wird. Regel iſt: es ſoll Alles conferirt werden, was der Emancipirte Eigenes hat, was aber, wenn er es als suus heres hätte, Theil der väterlichen Erbſchaft und nicht ihm ausſchließlich vorbehalten wäre[42]). Daher mußte nun nach älterem Rechte regelmäßig alles Vermögen conferirt werden, was der Emancipirte zur Zeit des Todes des Erblaſſers hatte[43]), mit Inbegriff aber auch desjenigen, deſſen er dolo malo ſich entäußert hatte[44]); dagegen mit Ausſchließung alles ſpäter Erworbenen, ſofern dieſes nicht als bloßer Zuwachs von jenem zu betrachten iſt[45]). Durch den Tod des Erblaſſers ſind ſofort auch die sui heredes ſelbſtſtändig und erwerbfähig geworden, und es fehlt alſo in Anſehung ſpäterer Erwerbungen der emancipirten Miterben der Grund der Collation[46]). Darauf kommt es übrigens nicht an, ob durch den Emancipirten das fragliche Vermögen auch, wenn er nicht emancipirt worden wäre, hätte erworben werden können; es wird z. B. auch die quarta, welche ex rescripto D. Pii dem arrogirten Unmündigen erworben wird, als Collationsgegenſtand bezeichnet, obwohl doch der Unmündige, ohne vorher aus des natürlichen Vaters Gewalt ausgetreten zu ſein, nicht arrogirt werden, alſo auch jenen Erwerb nicht machen kann[47]).

Ausgenommen von der Collation iſt aber gemäß dem angegebenen Princip a) die dem Emancipirten zuſtehende actio iniuriarum[48]). Obwohl auf Bezahlung einer Geldſtrafe gerichtet, wird dieſe doch nicht als

---

42) L. 52. §. 8. D. pro socio. (17. 2.)

43) L. 1. pr. L. 3. §. 3. D. h. t. L. 6. Cod. h. t. = Ulpian. l. c.; deducto aere alieno. L. 2. §. 1. D. h. t. cf. L. 1. §. 20. ibid. Ueber bedingte Forderungen und Schulden vergl. L. 2. §. 1. 3. ibid. In §. 3. cit. iſt zu interpungiren: Id quoque, quod sub conditione ex stipulatu debetur emancipato, conferri debet. Diversum est in legato conditionali, quia etsi in potestate fuisset et post mortem patris conditio extitisset, ipse actionem haberet. Dagegen ein legatum ex die betreffend vgl. L. 1. §. 18. ibid. Si emancipato legatum fuerit, quum pater morietur, etiam hoc conferre debet.

44) L. 1. §. 23. D. h. t.

45) Z. B. insula in flumine nata, alluvio etc., auch Früchte. Dieß folgt von ſelbſt daraus, daß das zur Todeszeit vorhandene Vermögen als zur väterlichen Erbſchaft gehörend behandelt werden ſoll. Vgl. oben Note 6. L. 5. §. 1. D. de dot. collat. und unten Note 182. Dagegen kommt wie die accessio ſo auch die decessio in Betracht, ſofern ſie sine dolo et culpa des Collationspflichtigen eintritt. L. 3. §. 2. D. h. t. cf. L. 20. §. 3. D. de hered. pet. (5. 3.) L. 178. §. 1. D. de V. S.

46) L. 15. Cod. h. t. Man bemerke jedoch L. 2. pr. D. h. t... nepotem postumum.... bona sua conferre, licet non potest dici, mortis tempore avi bona habuisse, qui ipse nondum in rerum natura erat; und L. 1. §. 17. ibid. Qui ab hostibus captus post mortem patris rediit, licet moriente patre nihil habuit, quum apud hostes fuerit, tamen ... conferet scilicet ea, quae moriente patre haberet, si ab hostibus captus non fuisset.

47) L. 1. §. 21. D. h. t.

48) L. 2. §. 4. D. h. t.

ein Vermögensobject angesehen, sondern nur als Mittel, für persönliche Kränkung Genugthuung zu erlangen[49]); sie steht deßhalb auch dem suus heres wegen der schon vor des Vaters Tode erlittenen Ehrenverletzung selbstständig und ausschließlich zu[50]), und consequent ist sie denn auch nicht zu conferiren. b) Dasjenige, was dem Emancipirten dignitatis nomine, d. i. zur Bestreitung des mit Bekleidung einer öffentlichen Würde verbundenen Aufwandes gegeben worden; denn dieses sollte auch dem suus heres vorbehalten, ja selbst das noch blos (vom Vater) Versprochene aus der Erbschaft geleistet werden[51]). c) Die dos, welche dem Emancipirten als Ehemann bestellt worden. Denn auch der filiusfamilias behält die für seine Ehe bestellte Dos ausschließlich, wie das onus matrimonii auf ihn allein übergeht[52]). d) Die bona castrensia, oder dasjenige Vermögen, welches für den suus heres ein castrense peculium gebildet haben würde, und als solches auch diesem nach des Vaters Tode ausschließlich zu eigen bleiben würde, wie er schon bei Lebzeiten des Vaters in Ansehung desselben als paterfamilias gilt[53]). Diesem castrense peculium aber ist auch das quasi castrense gleichzustellen, und dieses wird auch in den Digesten schon rücksichtlich unserer Frage ausgesprochen[54]), sei es nun durch Interpolation, oder weil schon zu Ulpian's Zeit ein quasi castrense peculium als Analogon des castrense unterschieden worden[55]).

Nach demselben Princip mußte nun aber die Collationsverbindlichkeit rücksichtlich ihres Gegenstandes noch bedeutendere Einschränkung erfahren, seitdem den Kindern in der väterlichen Gewalt zuerst an gewissen Arten von Vermögenserwerb, durch Justinian endlich an allem nicht vom Vater herrührenden Erwerbe das Eigenthum vorbehalten und nur Verwaltung und Nießbrauch desselben dem Vater kraft der väterlichen Gewalt belassen worden[56]). Alle sogenannten bona adventitia des Emancipirten müssen

---

49) Magis enim vindictae quam pecuniae habet persecutionem. Cf. L. 28. D. de iniuriis. (47. 10.)

50) L. 17. §. 22. D. de iniuriis.

51) L. 1. §. 16. D. h. t.

52) L. 3. §. 4. D. h. t. Quare, sicut is qui in potestate est, dotem uxoris praecipit, ita emancipatus quoque, quasi praecipiat, retinere debet. Cf. L. 1. §. 20. ibid. — Ein anderer Grund ist es, warum der Emancipirte die seiner Tochter bestellte dos nicht zu conferiren braucht: quia in bonis eius non est. L. 1. §. 9. D. de dot. collat. L. 4. D. h. t. — Eine Frage, welche eigentlich gar nicht die Collation betrifft, sondern die Rückerstattung der dos nach Auflösung der Ehe, wird in L. 6. D. h. t. behandelt.

53) L. 1. §. 15. 22. D. h. t. L. 52. §. 8. D. pro socio. L. 54. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) L. 4. pr. D. de castrensi peculio. (49. 17.) Vgl. Paull. sent. V. 9. §. 4: Excepto peculio castrensi. Fragm. de iure fisci, §. 10: Excepto castrensi peculio bona sua conferre debebunt. In diesen beiden Stellen wird also quod in castris fuerit acquisitum oder die castrensis pecunia (L. 54. cit.) auch bei Emancipirten geradezu peculium genannt. Vgl. auch L. 1. §. 15. cit.

54) L. 1. §. 15. D. cit.

55) Vgl. Zimmern, Rechtsgeschichte, Bd. 1, §. 188.

56) Tit. Cod. de bonis maternis et materni generis. (6. 60.) und de bonis, quae liberis in potestate patris constitutis ex matrimonio vel alias acquiruntur. (6. 61.)

nach diesen Justinianischen Bestimmungen von der Collation ausgenommen sein, weil dieselben auch den sui heredes verbleiben. Dieses wird auch klar genug von Justinian selbst angedeutet in einer Constitution, welche zwar zunächst nur das Verhältniß mehrerer in der Gewalt gebliebener Kinder zu einander im Auge zu haben scheint, gleichwohl aber vollkommen bestätigt, was die Consequenz des Rechtes erheischt [57]). Der vom Vater herrührende Erwerb der Kinder aber, die sogenannten bona profectitia, bleibt immer noch als Gegenstand der Collation übrig, sofern er nicht unter eine andere Ausnahme fällt (num. b. d.). Auch dieses wird ganz bestimmt ausgesprochen durch den Schlußsatz der unter Nr. 3 näher zu besprechenden L. 17. Cod. h. t. vom J. 467, welcher höchstwahrscheinlich von den Justinianischen Compilatoren interpolirt worden ist, und unter dieser Voraussetzung gerade um so schlagender beweist, daß im Justinianischen Rechte noch eine besondere Collationspflicht der Emancipirten in der angegebenen Beziehung anerkannt sei [58]). Zwar läßt sich ein Bedenken dagegen erheben, weil nach neuerem Rechte den in der Gewalt befindlichen Kindern die ihnen vom Vater gegebenen bis zum Tode nicht widerrufenen Geschenke als Voraus zugesprochen seien [59]), also auch in Ansehung der profectitia bona der Grund der Collation weggefallen sei. Allein dieser Satz selbst, so entschieden er in älteren Rescripten ausgesprochen worden [60]), ist im Justinianischen Codex bei weitem nicht so unzweifelhaft anerkannt, als eben diejenige Rechtsvorschrift, welche dadurch

57) L. 21. Cod. de collat... Res, quas parentibus acquirendas esse prohibuimus, nec collationi post obitum eorum inter liberos subiaceant. Ut enim castrense peculium in commune conferre in hereditate dividenda et ex prisci iuris auctoritate minime cogebantur, ita et alias res, quae minime parentibus acquiruntur, proprias liberis manere censemus.

58) L. 17. Cod. h. t. Emancipatis videlicet liberis utriusque sexus pro tenore praecedentium legum ea quae in ipsa emancipatione a parentibus suis, ut adsolet fieri, consequuntur, vel post emancipationem ab eisdem parentibus acquisierint, collaturis. Zu Leo's Zeit war die Beschränkung auf den vom Vater herrührenden Erwerb noch nicht passend. Cf. L. 4. 5. C. de bonis quae liberis. (6. 61.) — Franke, S. 223, versteht unter den praecedentes leges diejenigen, welche den Erwerb des Vaters durch den filiusfamilias beschränkt haben. Dann müßten auch diese Worte interpolirt sein. Näher aber liegt es nach dem späteren Sprachgebrauche die Worte leges praecedentes auf das bisherige Recht überhaupt zu beziehen, und man braucht dann nur die Worte ab eisdem parentibus für interpolirt zu halten. Es wäre doch auch sehr seltsam, wenn die Compilatoren im Context einer Leonischen Constitution weit spätere Constitutionen, die im ersten Codex noch gar nicht standen und im codex repetitae praelectionis in einem späteren Titel (6. 61.) vorkommen, leges praecedentes genannt hätten.

59) Den Beweis für die Anerkennung dieses Satzes im Justinianischen Rechte findet man in L. 18. Cod. fam. ercisc. (3. 36.) L. 2. Cod. de inoff. donat. (3. 29.) L. 25. Cod. de donat. int. v. et u. (5. 16.)

60) Vat. fragm. §. 274. 277. 278. 281. (theils von Diocletian und Constantius, theils von Constantinus.) L. 2. Greg. Cod. fam. ercisc. (von Vallerian und Gallienus.) Vgl. auch Paulli sent. V. 11. §. 3. Anders noch Papinian in Vat. fragm. §. 294. 296. und Sev. et Antonin. in §. 295. ibidem.

zweifelhaft gemacht werden soll[61]); vielmehr findet sich gerade in dem Titel über Collation eine Constitution, welche nach der einfachsten Erklärung jenem Satze durchaus widerspricht[62]). Wenn er nun auch für richtig gehalten wird, so muß doch neben demselben der klar ausgesprochene andere Satz noch gelten, daß Emancipirte die vom Vater empfangenen Gaben conferiren müssen[63]). Und dieser läßt sich auch dann noch wohl rechtfertigen. Die Schenkung des Vaters an das Kind ist ein juristisch ganz ungiltiger Act[64]); der Vater kann über das Geschenkte noch eben so, wie vorher, als über sein Eigenthum vollkommen frei verfügen; er bedarf nicht eines ausdrücklich erklärten Widerrufes, um dasselbe zurückzunehmen. Wenn er nun ungeachtet dieses ihm bis zum Tode gebliebenen freien Verfügungsrechtes nichts vornimmt, woraus der Wille, die Schenkung zurückzunehmen, sich erkennen ließe, so darf man dieses wohl als ein Zeichen betrachten, daß er dem beschenkten Kinde das Geschenk als praecipuum aus der Erbschaft zugedacht habe. Anders verhält es sich, wenn der Vater dem emancipirten Kinde geschenkt hat. Diesem ist das Geschenkte sofort vollkommen giltig erworben und kann ihm nicht willkürlich wieder entzogen werden[65]). Es kann also aus der Unterlassung des ihm nicht

---

61) Er wird entschieden verneint von Mayer, Erbrecht, Bd. 1, S. 375—378. Vgl. damit Franke a. a. O. S. 228—241.

62) L. 13. Cod. h. t. Si donatione tibi post mortem patris fundum quaesisti, soror tua portionem eius vindicare non potest. Nam si is filiaefamilias constitutae tibi a patre donatus est, cum sorore patri communi succedens eum praecipuum habere contra ius postulas (Dioclet. et Maxim.). Unzweifelhaft bezog sich dieses Rescript in seiner ursprünglichen Fassung gar nicht auf unsere Frage, sondern berührte nur den Gegensatz der beiden Fälle, wenn nach oder vor dem Tode des Vaters der sua heres ein Grundstück von irgend einem Dritten geschenkt worden war. Die Compilatoren, bemerkend, daß die Entscheidung des zweiten Falles dem Justinianischen Rechte nicht mehr entspreche, interpolirten die Worte a patre, um dadurch die Beziehung derselben auf bona adventitia auszuschließen. Unzweifelhaft nenne ich dieses, weil sonst die Constitution im Widerspruche steht mit anderen Rescripten desselben Kaisers (Note 60), weil sonst auch kein reiner Gegensatz zwischen dem ersten (post mortem patris) und dem zweiten Falle (filiaefamilias constitutae) sich herausstellt, und weil schon die Fassung des zweiten Satzes, wie sie uns vorliegt, die Interpolation deutlich verräth (a patre donatus.. cum sorore patri communi succedens). Ueber verschiedene verunglückte Versuche, dieser Stelle zu helfen, vergl. Franke, S. 235—237. Die obige Vermuthung hat auch Mayer a. a. O., nur weniger entschieden, ausgesprochen: kann man kaum umhin, bei L. 13. an eine Interpolation zu denken. Um so beweisender ist sie für das Justinianische Recht — nämlich für die Ansicht, daß nach diesem die a patre donata nicht ein praecipuum der beschenkten sui heredes sind. Und allerdings muß man den Compilatoren eine große Gedankenlosigkeit Schuld geben, wenn sie bei Anerkennung der entgegengesetzten Ansicht doch hier die Worte a patre eingeschaltet haben sollten.

63) Klar ausgesprochen ist er in L. 17. cit., indirect angedeutet in L. 11. D. h. t. L. 1. Cod. h. t., ja durch die Aufnahme aller die Collation der Emancipirten betreffenden Stellen des Codex und der Pandekten. Vgl. Mayer a. a. O. S. 379.

64) L. 11. 17. Cod. de donat. (8. 54.)

65) L. 11. in f. L. 17. cit. Vat. fragm. §. 279.

zuſtehenden Widerrufes kein Schluß auf ſeine letzte Willensmeinung abgeleitet werden. Er könnte zwar erklären, dem Beſchenkten ſolle das Geſchenk auf ſeinen Erbtheil angerechnet werden; allein dieß ſetzt ſchon eine ausdrücklich mit Beziehung auf den Todesfall getroffene Verfügung voraus, die bei Geſchenken an die Hauskinder nicht nothwendig iſt. In der That alſo wäre keine rechtliche Gleichheit zwiſchen den sui heredes und den emancipirten Kindern, wenn nunmehr die letzten alle vom Erblaſſer einmal empfangenen Geſchenke nicht zu conferiren brauchten, wofern derſelbe ihnen dieſe Laſt nicht auferlegt hätte, während jenen oft Geſchenke gemacht und eben ſo oft wieder entzogen ſein können. Ferner kommt auch dieſes in Betracht: dem Hauskinde kann der Vater mancherlei Vermögensobjecte in die Hände geben oder zur Dispoſition übergeben, er kann ihm ein Peculium einräumen, ohne daß darin eine donatio zu finden wäre. Nicht jede Gabe des Vaters an den Sohn kann man als eine donatio anſehen, welche dieſem ein praecipuum gewähre, falls ſie nicht zurückgenommen werde; vielmehr gehört dazu ohne Zweifel die Abſicht, eine wahre Schenkung vorzunehmen, wenn gleich dieſe mit vollkommenem juriſtiſchen Effect nicht ſtatthaben kann [66]). Dem emancipirten Kinde, bei welchem von einem Peculium keine Rede ſein kann, iſt aber Alles wahrhaft geſchenkt, was ihm der Vater ohne Vorbehalt gegeben hat, und ſo kann es leicht der Fall ſein, daß dem Emancipirten etwas geſchenkt worden, was, wenn er noch in potestate wäre, nur als gewöhnliches Peculium zu betrachten und daher ihm nicht als praecipuum zuſprechen wäre. Auch in dieſer Beziehung ſcheint es denn angemeſſen, um der vollen rechtlichen Gleichheit willen, daß dem Emancipirten noch die Collation der vom Vater empfangenen Geſchenke auferlegt werde, wogegen dann aber auch der Vorbehalt der sui heredes billig nicht geltend gemacht werden darf [67]).

Aber ſoll die Gleichſtellung vollkommen ſein, ſo darf man, wie es ſcheint, nach dem Rechte des Juſtinianiſchen Codex nicht bei der Collation der ſogenannten bona profectitia ſtehen bleiben. Auch in Anſehung der ſogenannten bona adventitia haben die Emancipirten immer noch einen bedeutenden Vortheil vor den in der Gewalt gebliebenen Kindern voraus, den Vortheil nämlich, daß ſie bereits bei Lebzeiten des Vaters die Nutzung derſelben haben, welche an den bona adventitia der sui heredes bis zu ſeinem Tode dem Vater zuſtand [68]). Conſequent wäre es demnach,

---

66) Vat. fragm. §. 278: Perfectas donationes. L. 2. Greg. Cod. cit.: Donandi animo. Cf. L. 4. §. 2. L. 8. D. de peculio. (15. 1.)

67) Dieß, glaubt Franke a. a. O., ſei die Bedeutung der L. 13. Cod. h. t., und aus dieſem Geſichtspunkte ſei deren Aufnahme in den tit. de collat. zu erklären. Aber die urſprüngliche Bedeutung der Conſtitution war es gewiß nicht; denn dieſe ſpricht ja gar nicht von Emancipirten, und ihr Urheber konnte nicht vorausſehen, daß ſie einmal in einem titulus de collationibus ihren Platz erhalten würde.

68) L. 6. pr. §. 2. Cod. de bonis quae lib. Nur die Hälfte des Nießbrauches an den zur Zeit der Emancipation ſchon erworbenen bona adventitia kann der Vater auch nach der Emancipation als praemium emancipationis behalten. L. 6. §. 3. l. c.

dem Emancipirten auch noch die Collation des Ususfructus von demjenigen Vermögen aufzulegen, welches, wenn er in der Gewalt des Vaters gestanden, dem Nießbrauche desselben unterworfen gewesen wäre, oder vielmehr, genauer zu reden, die Collation desjenigen Erwerbes, welchen er mittels der ihm als Emancipirten zustehenden selbstständigen Nutzung jenes Vermögens gemacht hat, eben daher aber als filiusfamilias nicht gemacht haben würde[69]). Damit stimmt auch sehr wohl überein die Aeußerung Justinian's in L. 21. Cod. h. t., wornach die res, quas parentibus acquirendas esse prohibuimus, der Collation nicht unterworfen sein sollen; denn zu diesen Sachen gehört eben das durch die Nutzung der bona adventitia Gewonnene nicht. Eine ausdrückliche Bestätigung aber dieser Consequenz enthalten die Basiliken[70]) und Harmenopulus[71]), deren Ausspruch, wenn gleich für uns ohne gesetzlich bindende Kraft, doch als Zeugniß über die spätere Auffassung des Verhältnisses eine große Autorität hat. Eben so ist denn auch von verschiedenen Rechtsgelehrten älterer und neuester Zeit die Collationsverbindlichkeit der Emancipirten rücksichtlich des Ususfructus der bona adventitia anerkannt worden[72]). Dagegen aber hat man erinnert, es könne davon aus dem Grunde nicht die Rede sein, weil nach L. 11. D. de collat. überall nicht conferirt zu werden brauche, was nach dem Tode des Vaters dem Sohne herauszugeben sei, sollte er dasselbe auch schon früher erhalten haben; weil zudem nach L. 6. §. 2. Cod. de bon. quae lib. auch von dem suus die Früchte der Adventitien lucrirt werden, wenn der Hausvater sie ihm über-

69) Der Betrag ist zu bestimmen mit Rücksicht auf den Zeitpunkt des Todes. Vergl. oben Note 42—47. Franke, S. 241. In den Fällen, welche in Note 39—41 vorkommen, hätte eben so derjenige, in dessen Gewalt der collationspflichtige Erbe sich befindet, zu conferiren, was er durch den ihm kraft der väterlichen Gewalt zustehenden Nießbrauch der bona adventitia gewonnen hat.

70) Lib. 43. 36., edit. Fabroti. tom. V. p. 516, wo aus L. ult. Cod. h. t. die Folgerung abgeleitet wird: *Σήμερον τοίνυν οὐδὲν ἕτερον συνεισφέρουσι τοῖς ἰδίοις ἀδελφοῖς οἱ παῖδες οἱ ἀντεξούσιοι, εἰ μὴ μόνον τὰ ἀπὸ πραγμάτων γονικῶν καὶ τὴν χρῆσιν· ταῦτα γὰρ ἤμελλεν εἰ ἦσαν ὑπεξούσιοι προσποριζειν.*

71) Prochiron lib. V. tit. 8. §. 25.

72) Vgl. Franke a. a. O., insbesondere S. 217, Note 55. Thibaut, System des Pandektenrechtes (8. Aufl.), §. 884, Nr. 2. Andere erkennen die Consequenz dieser Ansicht wohl an, glauben aber mit Zimmern in Schunk's Jahrb. Bd. 6, S. 47, die Consequenz werde hier inconsequent, indem sie auf die höchste Spitze getrieben werde. Mühlenbruch, doctrina pand. edit. IV. §. 720. not. 7. Wening-Ingenheim, Lehrb. (5. Aufl.), §. 512, Note z. Allein was Zimmern für seine Meinung anführt, ist in der That juristisch sehr unbedeutend. Daß die filiifamilias in ihres Vaters Brot stehen, die emancipati sich selbst ernähren müssen, kommt nicht in Betracht, weil ja die Letzten, was sie verzehrt haben, jedenfalls nicht zu conferiren brauchen (Note 69), sondern was sie zurückgelegt haben. Die Schwierigkeit der Ausmittelung des Letzten läßt sich gewiß für viele Fälle nicht leugnen; aber sie ist eine nur factische Schwierigkeit, die in manchen anderen Fällen oft in nicht geringerem Grade vorkommt. Auch wird sie in sehr vielen Fällen gar nicht so groß sein.

lasse[73]). Allein diese Gegengründe scheinen nicht zutreffend. In L. 11. cit. will Paullus nur eine falsche Anwendung des Grundsatzes abwenden, daß der Emancipirte alles vor dem Tode des Vaters erworbene Vermögen conferiren müsse. Ist nämlich darunter Etwas, was ihm nach dem Tode des Vaters gegeben werden müßte, was ihm aber freiwillig schon früher gegeben worden, so soll er dieses nicht zu conferiren schuldig sein; denn er besitzt es jetzt nicht mehr wegen der Schenkung, die darin lag, daß es ihm früher gegeben wurde, sondern wegen des Rechtsanspruches, der erst in die Zeit nach dem Tode fällt. Paullus scheint dabei einen Fall der Art im Auge gehabt zu haben, wie er in L. 1. §. 19. D. h. t. vorkommt; denn nur in einem solchen anomalen Falle konnte nach classischem Rechte von einem Anspruche der Hauskinder auf Herausgabe eines Vermögensobjectes nach dem Tode des Vaters die Rede sein. Es geht aber hieraus von selbst hervor, daß L. 11. eben nur auf dasjenige sich bezieht, was nach dem Tode des Vaters herausgegeben werden mußte, nicht auch auf dasjenige, was vermittelst dessen sonst irgend schon vor dem Tode des Vaters erworben worden ist, wofern nicht nach der besonderen Natur des Rechtsverhältnisses, wie bei einem Fideicommiß der Fall sein kann, auch dieses mit in jenem begriffen sein soll. Auch L. 6. §. 2. Cod. cit. kann eine Einwendung gegen unsere oben aufgestellte Ansicht nicht begründen. Allerdings sagt das Gesetz: wenn der Vater die sogen. bona adventitia dem Kinde zum Genuß überlassen habe, so sollen nachher andere Erben kein Recht haben, eundem usumfructum vel quod ex hoc ad filiosfamilias pervenit, utpote patri debitum sibi vindicare, sed quasi diuturna donatione in filium celebranda... ita causa intelligatur, ut eundem usumfructum post obitum patris ipse lucretur. Aber darin ist ja offenbar vorausgesetzt, daß der Vater freiwillig und ohne Widerruf bis zum Tode (quasi diuturna donatione) dem Kinde den eigenen Genuß seines Erwerbes verstattet habe. Dem kann unmöglich der Fall gleichgestellt werden, wenn der Emancipirte eigenes Vermögen erworben hat, dessen Nutzung ihm der Vater gar nicht entziehen kann. Nur wenn dieser auf irgend eine Weise an den Tag legte, daß er den freien Gebrauch auch dann dem Sohne gestatten würde, wenn er ihm denselben zu entziehen das Recht hätte, könnte man eine Parallele mit jenem Fall gelten lassen.

Nach allem diesen müssen wir also die Behauptung festhalten, daß nach dem Justinianischen Codex noch eine eigenthümliche Collationspflicht der Emancipirten im Verhältniß zu den mit ihnen concurrirenden sui heredes bestand, welche sich auf allen Erwerb erstreckte, der, wenn sie filiifamilias geblieben wären, Vermögen des Vaters sein würde, d. i. auf die sogenannten bona profectitia und auf den Gewinn aus der eigenen Nutzung der sogen. bona adventitia, welche dem Nießbrauche des Vaters unterworfen gewesen wären. In demselben Umfange ist nach dem Rechte des Codex die Collationsverbindlichkeit auch in dem Falle zu be-

---

73) Mayer, Erbrecht, Bd. 1, §. 126, Note 11, S. 880. Pfizer, §. 151.

haupten, wenn Söhne mit Erhaltung ihrer Agnations- und Suitätsrechte emancipirt worden sind, also nicht blos durch bonorum possessio, sondern auch als sui heredes ab intestato mit anderen in der Gewalt des Vaters zurückgebliebenen Kindern concurriren, wie denn in diesem Falle auch der Grund der Collationsverbindlichkeit der Emancipirten mit gleicher Stärke eintrat[74]). Uebrigens sind die früher aufgestellten Grundsätze noch im Justinianischen Rechte anzuerkennen, so weit nicht durch die Beschränkung des Umfanges der Collation und die veränderte Stellung der Kinder in der väterlichen Gewalt Modificationen darin von selbst bewirkt worden sind.

Nun aber ist noch die Frage, ob dieselben Grundsätze auch nach dem Justinianischen Novellenrechte noch bestehen geblieben seien?

In Nov. 18. cap. 6. a. E. hat Justinian noch ausdrücklich ausgesprochen, daß alles von ihm früher über die Collation Verordnete fernerhin bei Kräften bleiben solle[75]). Aber durch Nov. 115. und Nov. 118., hat man behauptet, sei die eigenthümliche Collation der Emancipirten gänzlich weggefallen. Der Hauptgrund dafür ist dieser, daß nach jenen Gesetzen die Emancipirten überall nicht mehr der bonorum possessio bedürfen, um mit den sui heredes zur Erbfolge zu gelangen, nur bei der bonorum possessio aber denselben die Collation zur Pflicht gemacht worden sei[76]). Dieser Grund jedoch ist durchaus ungenügend. Nicht die prätorische Natur der Erbfolge, welche den Emancipirten gewährt wurde, kam als wesentliches Moment in den Motiven der Bestimmungen über Collationspflicht in Betracht. Nur der Umstand, daß ihnen überhaupt eine Erbfolge eingeräumt wurde, wodurch sie im Resultate den sui heredes gleichgestellt werden sollten und gleichgestellt wurden, in Verbindung mit der unter ihnen und diesen bestehenden Rechtsungleichheit rücksichtlich des Erwerbes, enthielt den Grund jener Bestimmungen. Hätte der Prätor ein civiles Erbrecht verleihen können, oder wäre durch eine Lex ein gleiches Erbrecht der Emancipirten eingeführt worden, so hätte nicht minder in demselben Maße, wie jetzt, die Collationspflicht eingeführt werden müssen, um wahre Gleichstellung zu erwirken. Wie sehr diese in der Natur der Verhältnisse begründete Ansicht auch in der römischen Jurisprudenz anerkannt war, geht auf das Unzweideutigste daraus hervor, daß nicht nur auf Seiten der sui heredes schon von den classischen Juristen kein Gewicht darauf gelegt wurde, ob sie vermittelst der auch ihnen zustehenden bonorum possessio, oder blos vermöge ihres Civilerbrechtes mit Emancipirten in Concurrenz traten[77]), sondern daß auch, als zuerst der Fall eintrat, daß Emancipirte doch noch als sui civiliter erben konn-

---

74) L. 18. Cod. h. t. L. 11. Cod. de legitimis hered. (6. 58.)

75) Omnibus, quae prius de collationibus a nobis sancita sunt, in sua virtute manentibus.

76) Wening-Ingenheim a. a. O. Note aa. Göschen, Vorlesungen, Bd. 3, 2. S. 469. Pfizer a. a. O. §. 46, der jedoch schon im Rechte des Codex eine eigenthümliche Collation der Emancipirten nicht mehr anerkennt (§. 42), weil sich kein Object mehr dafür finde.

77) L. 10. D. h. t. Vgl. L. 1. pr. D. de dot. collat.

ten, ſofort zugleich die Collationspflicht derſelben auch für dieſen Fall anerkannt wurde [78]). Nach dem Rechte des Codex kam in der That auch ſehr wenig darauf an, ob man als bonorum possessor oder civiliter erbte, und es wäre wahrlich eine unbegreifliche Inconſequenz geweſen, an dieſen Unterſchied eine ſo wichtige Folge anzuknüpfen. Wenn nun Nov. 118. durch die allgemeine auf alle Deſcendenten ſich beziehende Beſtimmung in Cap. 1. das Erbrecht der Emancipirten überall in ein civilrechtliches verwandelte, ſo läßt ſich daraus allein gewiß nicht abnehmen, daß ſie in Rückſicht der Collationspflicht, welche ſie gar nicht berührt, eine Aenderung beabſichtigt, und ſo diejenigen, welche nach älteſtem Rechte allein als Deſcendenten erbten, in ihren bisher anerkannten Rechten ſtillſchweigend habe ſchmälern wollen. Aber man beruft ſich auch noch darauf, daß Nov. 118. in cap. 1. a. E. und in cap. 4. ſehr beſtimmt und energiſch ausgeſprochen habe, es ſolle zwiſchen den Deſcendenten gar kein Unterſchied mehr ſein, ob ſie in der väterlichen Gewalt des Verſtorbenen ſich befunden haben oder nicht, ob ſie im Mannsſtamm oder durch Abſtammung von Weibern mit dem Erblaſſer verwandt ſeien: ein ſolcher Unterſchied wäre aber noch vorhanden, wenn die Emancipirten den sui heredes noch in dem Maße zu conferiren hätten, wie es nach dem Rechte des Codex der Fall war; denn bei den Enkeln von Töchtern könne doch von dieſer Collationspflicht auf keinen Fall die Rede ſein [79]). Wir können uns aber von der Triftigkeit auch dieſer Argumentation nicht überzeugen. Die Novelle beſtimmt nur im Allgemeinen die Ordnung der Erbfolge und die Erbtheile unter concurrirenden Erben, und in dieſer Beziehung wird kein Unterſchied unter den Deſcendenten von uns behauptet. Die Collation beruht auf einem beſonderen Verhältniſſe der Emancipirten zu den sui heredes, das in der Novelle gar nicht berührt wird. Sie iſt weder Bedingung der Erbfolge, noch bewirkt ſie eine Modification in der Beſtimmung der Erbtheile [80]); vielmehr wird die letzte vorausgeſetzt, damit man beſtimmen könne, in welchem Maße conferirt werden müſſe. Der weſentliche Grund derſelben beſteht auch nach der Novelle noch eben ſo gut wie vorher. Auch konnte ſchon lange vor der Nov. 118. der Fall vorkommen, daß nicht collationspflichtige Nachkommen weiblicher Abſtammung zugleich mit Emancipirten und sui heredes des Verſtorbenen in deſſen Beerbung concurrirten [81]), ohne daß deßwegen in der Collationsverbindlichkeit, welche den Emancipirten gegen die sui heredes oblag, irgend etwas geändert worden wäre [82]). Hier alſo, wenn irgendwo, iſt der Satz anwendbar, daß ein ſpäteres allgemeines Geſetz nicht von ſelbſt auch die beſonderen Beſtimmungen des älteren Rechtes beſeitige. Ohnehin iſt in der That die einzige Neuerung, welche die Nov. 118. in

78) L. 11. Cod. de legit. hered.
79) Göſchen und Pfizer a. a. O.
80) Vgl. oben Note 9—13, 20.
81) L. 4. 5. Th. Cod. de legit. hereditat. (5. 1.) L. 9—12. Cod. de suis et legitimis. (6. 55.) §. 15. J. de hered. quae ab int. (3. 1.) Nov. 18. cap. 4.
82) Vgl. Mayer a. a. O. S. 368. Franke a. a. O. S. 224—228.

Rücksicht der Descendentenerbfolge bewirkt hat, nur diese, daß nun das Intestaterbrecht der Emancipirten ein civilrechtliches geworden ist; daß aber dieser Umstand ihrer Collationspflicht sie nicht entledige, ist schon oben gezeigt worden.

So sprechen also entscheidende Gründe für die Ansicht, daß auch nach dem neuesten Justinianischen Rechte noch eine eigenthümliche Collation der Emancipirten anzunehmen sei, wie sie auch im späteren griechischen Rechte noch unterschieden wird [83]). Die Praxis ist allerdings von jeher der Annahme einer noch fortdauernden besonderen collatio emancipatorum abgeneigt gewesen, obwohl sich einzelne Stimmen dafür erhoben [84]). Und sie wird sich vielleicht kaum noch erschüttern lassen, da sie in der herrschenden Ansicht, welche keinen Unterschied zwischen den verschiedenen Classen von Descendenten macht, eine Stütze findet, und auch jetzt noch manche Rechtsgelehrte dieselbe als wohlbegründet anerkennen.

Wir betrachten nunmehr

II) die collatio dotis, welche neben jener Collation der Emancipirten auch im classischen Rechte schon vorkommt. Die Vermögensobjecte, welche die dos bilden, sind zwar nach richtiger Ansicht vollkommen im Vermögen des Mannes. Allein die dos ist doch insofern in bonis mulieris, als die Frau nach Auflösung der Ehe die Rückgabe derselben zu erwarten hat [85]). Aus diesem Grunde mußte die emancipata auch die ihr bestellte dos, deren Rückfall sie dereinst zu erwarten hatte, als ein ihr zugehörendes Vermögen conferiren [86]). Aber desselben Vortheiles genoß auch die in der Gewalt des Vaters gebliebene Tochter. War bis zum Tode des Vaters die für sie bestellte dos noch nicht wirklich zurückgegeben worden, und zwar mit Einwilligung der Tochter, so hatte diese allein und ausschließlich das Recht der Rückforderung; der Anspruch darauf gehörte nicht zur Erbschaft, selbst wenn die Ehe schon zur Zeit des Todes des Vaters aufgelöst war, geschweige, wenn dieß nicht der Fall, und somit die Rückgabe der dos zur Zeit noch nicht zu erwirken war [87]). Daher wurde die dos ipsius filiae proprium patrimonium genannt [88]), und als Emancipirter brauchte der Vater auch die von ihm selbst der Tochter bestellte dos nicht zu conferiren, weil sie durchaus nicht in bonis eius war [89]). Diesemnach hatte nun die dotirte filiafamilias vor anderen sui heredes einen besonderen rechtlichen Vortheil voraus, ähnlich demjenigen, welcher den Emancipirten durch die ihnen zustehende Erwerbfähigkeit gewährt war. Auch diese Ungleichheit aber suchte das prätorische Edict zu besei-

---

83) Vgl. Note 70, 71. Uebereinstimmend sind Franke und Thibaut a. a. OO., ferner Mühlenbruch, Zimmern, Mayer a. a. OO.; nur geben die Letzten dieser Collation einen beschränkteren Umfang. Vgl. Note 72, 73.

84) Vgl. Franke, S. 217, Note 55; S. 226, Note 60.

85) L. 75. D. de iure dot. (23. 3.) L. 4. D. de collat.

86) L. 1. §. 2. L. 2. D. de dot. collat.

87) L. 2. §. 1. 2. L. 3. L. 31. §. 2. D. soluto matr. (24. 3.) L. un. §. 11. 12. 14. Cod. de rei ux. act. (5. 13.) Cf. L. 5. Cod. de collat.

88) L. 3. §. 5. D. de minor. (44. 4.)

89) L. 1. §. 9. D. h. t. L. 4. D. de collat. bon. Vgl. oben Note 52.

tigen, und forderte daher die Collation der dos zu Gunsten der concurrirenden sui heredes; und darin bestand die eigenthümliche collatio dotis des älteren Rechtes. Sie fand, wie die Collation der Emancipirten, nach dem Edicte nur statt bei der bonorum possessio contra tabulas und intestati unde liberi, nicht bei der testamentarischen Erbfolge [90]); sie wurde jedoch nach einem Rescripte von D. Antoninus auch dann der sua heres auferlegt, wenn sie ohne Agnition der bonorum possessio blos civilrechtlich ab intestato succedirte [91]), und nicht etwa vom ius abstinendi Gebrauch machte [92]); und man darf unbedenklich annehmen, daß ebenso andererseits auch der Anspruch auf die collatio dotis nicht durch die Benutzung der bonorum possessio bedingt war [93]). Auch in anderen Beziehungen galt bei der dotis collatio Gleiches wie bei der Collation der Emancipirten; namentlich in Betreff der Frage, wem und in welchem Verhältnisse zu conferiren sei [94]), und wie der Anspruch auf Collation geltend zu machen sei [95])? Gegenstand der Collation aber war hier das Capital der dos, mit Abzug der impensae necessariae, als welche ipso iure dotem minuunt [96]); nach Trennung der Ehe dagegen mit Zurechnung der Früchte [97]), aber auch mit Beschränkung auf dasjenige, was die Frau wirklich erlangen kann (quantum facere maritus potest) [98]). Die Erfüllung der Verpflichtung konnte und mußte nach Umständen auch hier durch Caution gesichert werden [99]), oder es konnte sofort re conferirt werden [100]), zu welchem Zwecke jedoch die Collationspflichtige keineswegs während noch bestehender Ehe die Restitution der dos vom Manne zu fordern berechtigt war [101]). War die dos von dem gemeinschaftlichen Erblasser selbst erst promittirt worden, so war die einfachste Weise der Collation diese, daß die Dotirte ihre Miterben pro rata parte liberirte und allein die Verbindlichkeit aus dem Dotalversprechen übernahm [102]).

Aber nur wenn die Rückgabe der dos nicht ausdrücklich und giltiger Weise einem Anderen als der Frau vorbehalten worden, konnte diese Collationspflicht statt haben; denn nur dann trat der Grund derselben ein [103]). Uebrigens mußte nach classischem Rechte sowohl die dos ad-

90) L. 7. Cod. h. t. Cf. L. 16. ibid.

91) L. 1. pr. D. h. t. Cf. L. 4. Cod. h. t.: Si vel ab intestato succedant, vel contra tabulas petant. L. 5. Cod. ibid.

92) L. 9. D. h. t.

93) Arg. L. 10. D. de collat.

94) L. 1. §. 2—4. D. h. t. vergl. mit Note 8—11 oben; L. 3. 5. pr. 7. D. h. t. vgl. mit Note 12, 13, 19, oben. L. 14. Cod. h. t. vgl. mit Note 36, 37.

95) L. 8. 12. 14. 16. Cod. h. t. vgl. mit Note 25—35 oben.

96) L. 1. §. 5. D. h. t. L. 1. §. 1. L. 5. 8. D. de impensis. (25. 1.)

97) L. 5. §. 1. D. h. t.

98) L. 1. §. 6. D. h. t.

99) L. 1. §. 7. D. h. t.

100) Vgl. oben Note 21—24.

101) L. 5. Cod. h. t.

102) L. 1. §. 8. D. L. 2. Cod. h. t.

103) L. 1. §. 1. D. h. t. Cf. L. 2. ibid.: Quae ad eam pertinere poterit.

ventitia als die dos profectitia den sui heredes conferirt werden, da durch die eine sowohl wie durch die andere die dotirte sua heres einen eigenthümlichen Vortheil voraus hatte, den die concurrirenden sui heredes nicht haben konnten[104]). In der Folgezeit mußte aber die Verpflichtung zur Collation der dos adventitia consequenter Weise in demselben Maße beschränkt werden, in welchem die bona adventitia der filiaefamilias überhaupt dem Rechte des Vaters entzogen wurden; sie mußte nach derselben Consequenz im Justinianischen Rechte endlich ganz wegfallen. Dieß leuchtet von selbst ein, wenn man bedenkt, daß auch die aus dem eigenen Vermögen der Frau, also auch die etwa aus den bonis adventitiis der Tochter bestellte dos adventitia ist[105]); daß ferner die Bestellung einer dos von Seiten eines Dritten für die Tochter eine Zuwendung enthält, die nicht ex re patris venit, daß also das derselben erworbene Dotalrecht in ihren bonis adventitiis ist, also auch, wie diese überhaupt, nicht mehr der Collation unterworfen sein kann[106]).

Was aber die dos profectitia betrifft, so wurde nach L. 4. Cod. h. t. zu Gordian's Zeit, also bald nach der Lebenszeit der berühmtesten classischen Juristen, post varias prudentium opiniones angenommen, daß dieselbe, und nur sie, auch den emancipirten Miterben conferirt werden müsse. Wir finden sonst im älteren Rechte keine sichere Spur davon, daß auch diesen ein solcher Anspruch beigelegt worden sei; vielmehr werden wohl ausdrücklich nur diejenigen Geschwister, welche in potestate geblieben, als die Collationsberechtigten bezeichnet[107]). Gleichwohl scheint

---

104) L. 4. Cod. h. t. L. 1. §. 7. D. h. t.: Pater vel extraneus.

105) Dieß ist freilich nicht unbestritten, vergl. Tigerström, Dotalrecht, Bd. 1, S. 43 flg., aber doch nicht sehr zweifelhaft. Ulpian. VI. 3.

106) Bemerkenswerth ist hier der Satz in L. 4. Cod. h. t. Nec dubium est profectitiam seu adventitiam dotem a patre datam vel constitutam fratribus, qui in potestate fuerunt, conferendam esse. Es fällt auf, die unterstrichenen Worte in diesem Zusammenhange in einem Rescript von Gordian (240) zu finden. Eine dos adventitia a patre data vel constituta gehört zwar nicht zu den Unmöglichkeiten — L. 5. §. 6. 11. D. de iure dot. (23. 3.) — und es konnte daher auch von Collation derselben die Rede sein, und zwar nicht nur von Seiten der emancipata (im Fall des §. 11 cit.), sondern auch von Seiten der sua heres (im Fall des §. 6 cit.). Aber es mußte ja nach damaligem Rechte den sui heredes entschieden jede dos adventitia wie profectitia conferirt werden; es bleibt daher immer auffallend, daß hier speciell eine dos adventitia a patre data hervorgehoben wird, da doch nur in wenigen Fällen eine dos a patre data nicht profectitia ist, und, wo dieß der Fall ist, die Eigenschaft des Vaters, weil er nicht ut parens dotem dedit, nicht in Betracht kommt. Man möchte daher auch hier eine freilich nicht geschickte Interpolation vermuthen, in welcher sich die Ansicht aussprechen sollte, daß nach Justinianischem Rechte eine nicht vom Vater herrührende dos überall nicht mehr conferirt werde. Uebrigens braucht man sich über die Aufnahme der L. 4. cit. nicht sehr zu verwundern, da nach dem Rechte des ersten Codex die Collation der dos adventitia noch stattfinden konnte. Vgl. Note 113.

107) In L. 3. Cod. h. t. (von Alexander), wo sogar von einer dos profectitia offenbar die Rede ist, heißt es am Ende: Dotem sane, quam accepit, fratribus, qui in potestate manserunt, conferre debet. Vgl. L. 12. Cod. ibid. (Dioclet. et Maxim.). L. 3. 5. pr. D. h. t. — L. 5. §. 1.

nach dem Ausdrucke der L. 4. cit. weniger zweifelhaft gewesen zu sein, ob die profectitia dos, als vielmehr nur dieses, ob nicht auch die adventitia dos den Emancipirten zu conferiren sei [108]). Die Streitigkeiten über diesen Punkt sind auch sehr erklärlich. Denn einerseits hatte das Edict wahrscheinlich nur den sui heredes das Recht auf Collation ausdrücklich beigelegt; andererseits aber schien es der beabsichtigten Gleichstellung aller Kinder zuwider, wenn die sua heres ihre dos dem emancipirten Miterben gegenüber ausschließlich für sich behalten könnte, während dieser all sein Vermögen, und die filia emancipata namentlich auch ihre dos, jener Miterbin conferiren mußte. Es war daher auch die in L. 4. cit. bestätigte Mittelmeinung, welche zwischen dos profectitia und adventitia unterschied, keineswegs die consequenteste und der Sache selbst angemessene, so lange noch von den Emancipirten aller Erwerb conferirt werden mußte. Allerdings aber konnte man bei der dos profectitia die Unbilligkeit besonders auffallend finden, weil durch diese nicht blos der sua heres ein besonderer Vortheil gewährt, sondern auch das väterliche Vermögen um den Betrag derselben zum besonderen Vortheil jener geschmälert war. Insofern aber L. 4. cit. auch auf die emancipirte Tochter zu beziehen ist, also auch diese verpflichtet sein soll, ihre dos profectitia den emancipirten Brüdern zu conferiren, kann nur aus dem letzten Gesichtspunkte die Entscheidung erklärt werden, aus demselben Gesichtspunkte, welcher im neueren Rechte zu einer Erweiterung und völligen Umgestaltung dieses ganzen Institutes geführt hat.

III) Kaiser Leo war es, welcher zuerst eine solche Erweiterung einführte, durch L. 17. Cod. h. t., a. 467 [109]). Er verordnete, unter ausdrücklicher Bestätigung der besonderen Collationsverbindlichkeit der Emancipirten [110]), Folgendes:

Wenn Descendenten, welcher Art sie sein mögen, gemeinschaftlich irgend einen Ascendenten ab intestato beerben (quocunque iure intestatae successionis, id est, aut testamento penitus non condito, aut, si factum fuerit, contra tabulas bonorum possessione petita, vel inofficiosi querela mota rescisso, natürlich eben so auch rupto, irrito facto, destituto testamento), so soll die für einen Miterben oder eine Miterbin von dem Erblasser aus seinem Vermögen bestellte oder hergegebene dos oder donatio ante nuptias den übrigen Miterben conferirt werden [111]). Das Neue dieser Verordnung besteht darin, daß nun auch

---

und L. 7. vgl. mit L. 6. D. ibid. könnten wohl auf eine Collation der dos zu Gunsten der emancipirten Brüder gedeutet werden, aber doch nicht mit Sicherheit.

108) His etenim, qui in familia defuncti non sunt, profectitiam tantummodo dotem post varias prudentium opiniones conferri placuit.

109) Die L. 17. cit. ist ein Bruchstück einer größeren Constitution, wie hervorgeht aus den Worten: hoc etiam aequitatis studio praesentis legi credidimus inserendum.

110) Vgl. oben Note 58.

111) Ut in dividendis rebus ab intestato defunctorum parentum tam dos quam ante nuptias donatio conferatur, quam pater vel mater, avus vel avia, proavus vel proavia, paternus vel maternus dederit vel promiserit pro filio vel filia, nepote vel nepte, pronepote vel pronepte.

bei Beerbung der Mutter und mütterlicher Aſcendenten eine Collation vorkommen kann, wo früher keine Rede davon war; daß ferner nun auch sui heredes und emancipati einander unbedingt die vom Erblaſſer herrührende dos oder donatio ante nuptias zu conferiren haben, und daß beide auch anderen Deſcendenten, die nicht einmal nach prätoriſchem Rechte ex edicto unde liberi erbten, conferiren müſſen, ſo weit ſie mit ihnen in Concurrenz treten können[112]). Daneben freilich blieb bei Beerbung des Vaters oder väterlichen Großvaters u. ſ. w. die beſondere dotis collatio ſowohl der emancipata als der sua heres, gegenüber anderen sui heredes, zunächſt noch beſtehen, indem dieſe auch die dos adventitia jeder Art umfaßte, während L. 17. cit. nur die vom Erblaſſer herrührende dos betraf, die alſo in dieſem Beerbungsfalle profectitia war. Da aber im Juſtinianiſchen Rechte nach der Ausführung unter Nr. 2. die Collation der dos adventitia in jenem Falle aus anderen Gründen gänzlich weggefallen iſt, ſo iſt nun die alte dotis collatio überhaupt in dieſem neuen Inſtitute der L. 17. cit. aufgegangen.

Ueber dieſes hat Juſtinian noch zwei Conſtitutionen erlaſſen, die im Codex Aufnahme gefunden haben. Durch die eine, L. 19. Cod. h. t., entſcheidet er, daß Enkel, welche in locum parentis succedentes erben, auch die für dieſen ihren parens vom Erblaſſer beſtellte dos zu conferiren haben, nach Verhältniß ihres Erbtheiles. Die andere, L. 20. Cod. ibid., entſcheidet zuerſt, daß Alles, was in den Pflichttheil eingerechnet werde, auch conferirt werden müſſe. Natürlich kann dieſes nicht auf Vermächtniſſe ausgedehnt werden, obwohl dieſe in den Pflichttheil allerdings einzurechnen ſind; denn durch ſie ſoll ja abſichtlich ein Kind vor dem anderen bevorzugt werden. Es gehört dann außer dos und donatio propter nuptias nur noch dahin die zur Anrechnung auf den Pflichttheil gegebene Schenkung, und der Vortheil aus einem vom Erblaſſer ver-

---

112) Was freilich nach damaligem Rechte nur noch in beſchränktem Maße vorkam. Vgl. oben Note 81. — Eine andere Neuerung hat man noch darin gefunden, daß auch inofficiosi querela rescisso testamento die Collation ſtattfinden ſolle, was früher nicht der Fall geweſen ſei. Mayer, Erbrecht, Bd. 1, S. 365, vgl. S. 370, Note 6. Dieß ſcheint aber ein Irrthum zu ſein. Das Geſetz will nur auch den Fall berückſichtigt haben, wenn Deſcendenten in Folge der Reſciſſion eines pflichtwidrigen Teſtamentes zur Inteſtaterbfolge gelangen. Dieſer Fall konnte auch bei mehreren sui heredes und emancipati vorkommen, und es iſt kein Zweifel, daß hier auch ſchon nach älterem Rechte die Collationsverbindlichkeit eben ſo eintrat, wie in jedem anderen Falle der Inteſtaterbfolge. Wenn aber die erheredirte Tochter gegen den eingeſetzten emancipatus mit der querela inofficiosi durchdringt, ſoll nach L. 6. 7. D. de dot. collat. ſo wenig dieſer ſeine bona als jene ihre dos zu conferiren ſchuldig ſein, quum diverso iure sunt heredes, indem nur pro parte das Teſtament reſcindirt wird, alſo der eine als scriptus heres, nur die andere ab intestato erbt. Dieß aber kann man, wie eben die Aufnahme dieſer Stellen beweiſt, auch nicht durch L. 17. cit. abgeändert halten. Wie vollends die L. 17. auch für die Collation der Emancipirten hierin etwas geändert haben ſoll, iſt gar nicht einzuſehen, da die Einleitung des Geſetzes mit dem jene betreffenden Anhängſel am Ende deſſelben gar nicht in innerem Zuſammenhange ſteht, und dieſes ſich ausdrücklich auf den tenor praecedentium legum beruft.

ſchafften käuflichen Dienſte (militia); und des letzten wird denn auch im pr. der const. ausdrücklich gedacht[113]).

Wichtiger iſt die Verordnung in §. 1 derſelben Conſtitution: Wenn dos oder donatio ante nuptias von einem Deſcendenten conferirt wird, der nicht außerdem auch noch eine Schenkung erhalten hat, ein anderer Deſcendent aber weder dotem noch donationem ante nuptias zu conferiren hat, jedoch eine andere Schenkung (simplicem donationem) vom Erblaſſer empfangen hatte, ſo ſoll in dieſem Falle auch dieſe conferirt werden. Nur dieſes iſt der Inhalt der geſetzlichen Dispoſition des §. cit. Er verordnet weder, daß überhaupt jede Schenkung, oder doch jede Schenkung zu beſtimmtem Zweck conferirt werden müſſe; noch verordnet er, daß regelmäßig eine gewöhnliche Schenkung nicht conferirt werden ſolle. Dieſes wird nur als bekannter Rechtsſatz vorausgeſetzt, indem am Ende geſagt wird: in dem oben genannten beſonderen Falle ſolle der Beſchenkte die Collation nicht verweigern aus dem Grunde: quod simplex donatio non confertur, nisi huiusmodi legem donator tempore donationis suae indulgentiae imposuerit. Am allerwenigſten aber kann in dieſer Stelle eine Aenderung der Collation der Emancipirten gefunden werden, ſo daß etwa darnach auch die Emancipirten den sui heredes eine simplex donatio nicht mehr zu conferiren hätten; diejenigen, welche eine ſolche Meinung hegen, bedenken nicht, daß die Conſtitution überall gar nicht die Abſicht hat, eine Beſchränkung der Collation einzuführen; ſie bedenken auch nicht, daß zur Zeit der Publication dieſer Conſtitution die Collation der Emancipirten unzweifelhaft noch einen viel weiteren Umfang hatte, als daß man dieſe ganz ſpecielle und beſchränkte neue Beſtimmung auf ſie beziehen könnte[114]).

Endlich hat nun Juſtinian noch in Nov. 18. cap. 6. verordnet, es ſolle nicht nur, wie bisher, bei der Inteſtaterbfolge unter Deſcendenten

---

113) Dieſe Beſtimmung wird ſpeciell auf die Collation der Emancipirten bezogen von Mayer, Erbrecht, Bd. 1, S. 365, 379; aber, wie es ſcheint, mit Unrecht. Das Hauptargument für dieſe Erklärung iſt mit Rückſicht auf den Eingang des Geſetzes dieſes: daß außer für Emancipirte nicht einmal ein Zweifel habe entſtehen können, ob omnia, quae in quartam portionem computantur, alſo auch das lucrum occasione militiae, zu conferiren ſei? Es iſt aber nicht bedacht, daß L. 20. cit. älter iſt, als L. 6. Cod. de bonis quae lib., daß alſo umgekehrt für Emancipirte damals noch kein Zweifel entſtehen konnte, ob ſie nicht Alles, was ſie hatten, außer bona materna und materni generis und lucrum nuptiale, conferiren müßten. Für Deſcendenten überhaupt könnte jener Zweifel leicht angeregt worden ſein durch Juſtinian's Beſtimmung in L. 30. §. 2. Cod. de inoff. test. (3. 28.), oder vielleicht durch eine andere Conſtitution, von welcher wir zufällig noch weniger wiſſen, als von den in L. 19. h. t. erwähnten des Arcadius und Honorius. Vgl. auch L. 29. Cod. de inoff. test. Franke a. a. O. S. 205. — An ſich liegt es offenbar näher, gerade wegen der Bezugnahme auf ea, quae in quartam computantur, die L. 20. pr. cit. auf die Deſcendenten überhaupt zu beziehen, als welche alle pflichttheils berechtigt ſind. Allerdings aber ſcheint bei dem Schluß des pr. cit. an die Collation der Emancipirten gedacht zu ſein, wenn nicht an die eben beabſichtigte Neuerung des §. 1.

114) Vgl. Note 113. Anderer Meinung ſcheint zu ſein Roßhirt, Einleitung in das Erbrecht, S. 422, 428.

die Collation eintreten, ſondern auch, wo nicht ein anderer Wille des Erblaſſers ſich ausgeſprochen habe, bei teſtamentariſcher Erbfolge derſelben, quoniam incertum est, ne forsan oblitus datorum aut prae tumultu mortis angustiatus huius non est memoratus; übrigens, wie am Ende hinzugeſetzt wird, omnibus, quae prius de collationibus a nobis sancita sunt, in sua virtute manentibus [115]).

Die Grundidee dieſer neueren Geſtaltung der Collation iſt nun offenbar dieſe: In der Regel iſt nicht anzunehmen, daß der Aſcendent einem ſeiner Deſcendenten vor anderen neben jenem zur Erbfolge ab intestato berechtigten Deſcendenten einen Vorzug habe geben wollen, indem er ihm bei Lebzeiten gewiſſe Zuwendungen machte. Es ſoll daher die dadurch entſtandene Ungleichheit unter den Erben durch Collation jener Gaben beſeitigt werden, wenn nicht der Wille des Erblaſſers ſie aufrecht erhält. Nähere Beſtimmungen ſind übrigens für dieſes ſo erweiterte Inſtitut in unſeren Quellen nicht enthalten. Unbedenklich aber darf von den in Pandekten und Codex enthaltenen älteren Grundſätzen über Collation analoger Gebrauch gemacht werden, ſo weit nicht die eigenthümliche Natur der neueren Collation entgegenſteht.

Es ſollen nunmehr die Grundſätze über dieſe Collation der Deſcendenten nach dem praktiſchen Geſichtspunkte des heutigen römiſchen Rechtes dargeſtellt werden.

1) Die Verpflichtung zur Collation ſo wie der Anſpruch auf dieſelbe findet ſtatt unter mehreren Deſcendenten als Erben eines gemeinſchaftlichen Aſcendenten, ohne Unterſcheidung zwiſchen sui oder emancipati und anderen Deſcendenten [116]). Die erſte Vorausſetzung iſt, daß ſie wirklich Erben des Aſcendenten werden [117]). Der Deſcendent, der nur ein Vermächtniß erhält, iſt weder verpflichtet zur Collation, noch berechtigt [118]). Eben ſo wenig derjenige, welcher die deferirte Erbſchaft verſchmäht, ſei es auch als suus heres mittelſt des beneficium abstinendi [119]), oder als extraneus oder suus heres, qui immiscuit se hereditati, mittelſt der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand [120]). Diejenigen, welche in die Stelle des Repudianten eintreten, mögen aus eigener Perſon collationspflichtig oder berechtigt ſein; aus der Perſon des Wegfallenden ſind ſie es

---

115) Die Novelle erwähnt der collatio emancipatorum nicht ausdrücklich, ſchließt ſie aber auch nicht aus von ihrer Beſtimmung. Mayer, a. a. O. S. 378, hält ſogar dafür, daß Juſtinian durch die Worte res per dotem forte aut alio modo datas (nach der vulgata versio) auf die beiden Collationsarten habe hinweiſen wollen. Offenbar iſt dieß aber nicht. Uebrigens durch dieſes Geſetz theilweiſe aufgehoben L. ult. Cod. fam. ercisc. (3. 36.) Franke, S. 249.

116) Die Ausdehnung auf das ganz ſinguläre Erbrecht der liberi naturales nach Nov. 89, wird aber gewiß mit Recht verworfen von Roßhirt a. a. O. S. 434.

117) L. 17. Cod. h. t. Vgl. Note 7, 20, 34, 91.

118) L. 4. D. de dot. collat.

119) Vgl. Note 92. Conferre debebit, si modo se bonis paternis misceat. L. 1. pr. D. de dot. collat. Cf. L. 25. Cod. fam. ercisc. (3. 36.)

120) §. 5. J. de hered. qual. (2. 19.) L. 57. §. 1. D. de acquir. her. (29. 2.)

nicht[121]). Einmal begründet geht aber Recht und Pflicht zur Collation auch auf die Erben über[122]). Ja auch dann muß dieſes der Fall ſein, wenn die Erben nur das ihrem Erblaſſer erſt deferirte Erbrecht ſtatt deſſelben geltend machen, alſo namentlich in dem Falle der ſogenannten transmissio Iustinianea[123]). Eben daſſelbe erheiſcht die Natur der Sache in anderen Fällen, da Jemand das Erbrecht eines Anderen für ſich geltend machen kann. Daher muß der Vater, wenn er die dem Kinde deferirte Erbſchaft für ſich erwirbt, ohne Zweifel conferiren, was das Kind ſelbſt zu conferiren hätte, und kann eben ſo ſtatt deſſelben von den Miterben die Collation fordern[124]). Aber auch dann muß der Vater conferiren, wenn mit ſeinem Willen dem Kinde die Erbſchaft erworben wird, er alſo nur den Nießbrauch und die Verwaltung derſelben erlangt; nur braucht er hier freilich nicht aus eigenem Vermögen Etwas herzugeben, ſondern nur aus den ſeiner Verwaltung untergebenen bona adventitia des Kindes. Wenn dagegen der Vater die Erbſchaft ablehnt, und nun das Kind gegen deſſen Willen ſie erwirbt, als ſogenanntes adventitium irregulare, ſo muß zwar dieſes conferiren, aber es kann nicht der Vater angehalten werden, aus denjenigen Adventitien des Kindes, an welchen ihm der Nießbrauch zuſteht, zu dieſem Zwecke etwas herzugeben; ſo wenig, wie er nach älterem Rechte das durch das Kind Erworbene zu conferiren brauchte, wenn er daſſelbe emancipirte und dann für ſich ſelbſt die Erbſchaft erwerben ließ[125]).

2) Die Deſcendenten ſind regelmäßig einander zur Collation verpflichtet, ohne Unterſchied, ob ſie ab intestato oder ex testamento erben[126]), ohne Unterſchied auch, auf welche Weiſe die Inteſtaterbfolge herbeigeführt ſein mag[127]), alſo namentlich auch dann, wenn nach Nov. 115. cap. 3. wegen ungeſetzlicher Enterbung oder Uebergehung eines Kindes, quantum ad institutionem heredum pertinet testamento evacuato, ad parentum hereditatem liberi tanquam ab intestato ex aequa parte perveniunt. Es kann denn nun conſequent auch nicht mehr von Einfluß ſein, ob der eine secundum tabulas, der andere contra tabulas einen Erbtheil behaupte[128]). Aber auch als teſtamentari-

---

121) Ohne allen Grund iſt die Meinung Pfizer's §. 100, daß die Verpflichtung zur Collation auch denjenigen treffe, der iure accrescendi in die Stelle eines wegfallenden Deſcendenten trete.

122) Vgl. Note 36, 37, 91—93. — Auch auf die Concursgläubiger Thibaut, §. 883, Note p.

123) L. 19. Cod. de iure delib. (6. 30.)

124) L. 18. §. 1. Cod. de iure delib. (6. 30.) L. 8. pr. §. 1. 2. Cod. de bonis quae lib. (6. 61.) vergl. mit Note 36—49. Dieſe Fälle ſind weſentlich noch eben ſo zu beurtheilen, wie wenn nach älterem Rechte das Kind auf Befehl des Vaters antretend dieſem die Erbſchaft erwarb.

125) Solchen Gebrauch dürfen wir von den Note 39, 41, citirten Stellen für das neuere Recht noch machen.

126) Nov. 18. cap. 6.

127) L. 17. Cod. h. t.: Quocunque iure intestatae successionis.

128) Hält man die bonorum possessio contra tabulas und die querela inofficiosi der Deſcendenten für antiquirt durch Nov. 115., ſo kann ſchon aus dieſem Grunde von Anwendbarkeit der in Note 12 u. 112 berührten Stelle keine

sche Erben können doch nur diejenigen Descendenten Collation fordern oder zu leisten verpflichtet sein, welche auch ab intestato miteinander Erben sein würden; wenn also z. B. Enkel von einem noch lebenden Sohne eingesetzt sind neben anderen Descendenten, so sind sie nicht zur Collation verpflichtet oder berechtigt. Dieses ist zwar nicht ausdrücklich im Gesetze ausgesprochen, geht aber aus dem Zusammenhange desselben klar hervor, und ist daher auch allgemein anerkannt [129]). Dagegen ist unter den im Allgemeinen collationspflichtigen und berechtigten Descendenten nicht deswegen die Collation auszuschließen, weil neben ihnen andere in dieser Kategorie nicht stehende Personen zu Erben eingesetzt sind [130]); nur beschränkt sie sich hier auch allein auf jene.

3) Aber der Erblasser kann durch seinen Willen die Collation ausschließen, auch wo sie sonst der Regel nach stattfände, sowohl bei der Intestaterbfolge als bei der testamentarischen. Es fragt sich aber a) ob dieser Wille ausdrücklich erklärt sein müsse? Von Vielen ist dieß behauptet worden, wegen der Worte in Nov. 18. cap. 6: ..omnino esse collationes.. nisi expressim designaverit ipse se velle non fieri collationem etc. Aber mit Recht neigen sich die meisten neueren Rechtsgelehrten zu der entgegengesetzten Meinung [131]). Die Novelle wollte nur aufheben, was bisher Rechtens gewesen war: **si testati nihil dicentes de eis** (morerentur parentes), **locum non fieri collationibus**; es soll jetzt vielmehr umgekehrt eine Aeußerung des Testators erfordert werden, um die Collation auszuschließen, da es sonst ungewiß ist, ob er nicht blos aus Vergessenheit und unabsichtlich derselben nicht erwähnt habe. Verfügungen daher, welche durch ihren Inhalt diese Ungewißheit beseitigen, müssen die Collation ausschließen, wenn sie dieses auch nicht in dürren Worten aussprechen. So namentlich kann sich dieser Wille in der Bestimmung der Erbtheile kund geben, oder in der Zuwendung von Vermächtnissen, welche darauf berechnet ist, diejenigen Descendenten, welche bei Lebzeiten des Erblassers nicht wie andere etwas zu Conferirendes erhalten haben, dafür zu entschädigen [132]); obwohl sich nicht behaupten läßt, daß durch jede ungleiche Vertheilung der Erbschaft unter die Descendenten die Collation ausgeschlossen werde [133]). So kann denn auch sowohl bei der

---

Rede mehr sein. Aber auch ohne jene Ansicht muß dasselbe nach Nov. 18. cap. 6. consequent angenommen werden. Vgl. Pfizer, §. 79. Mayer, §. 125, Note 6.

129) Pfizer, §. 78. Mayer, §. 125, Note 4. Göschen, Vorlesungen, §. 968.

130) Pfizer, §. 80. Franke, S. 245. Göschen a. a. O.

131) Pfizer, §. 174 flg. Mayer, §. 128, Note i. Thibaut, System, §. 884. Mühlenbruch, §. 719, not. 16. Wening-Ingenheim, Bd. 5, §. 183. Anderer Meinung ist Göschen a. a. O. S. 479.

132) Franke, S. 246. Puchta, Lehrb. §. 503.

133) Man könnte zwar dieser Behauptung Schein geben durch Bezugnahme auf die Worte des Gesetzes: omnino esse collationem et exinde aequalitatem (*πάντως εἶναι συνεισφορὰς καὶ τὴν ἐκεῖθεν ἰσότητα*), indem nämlich bei ungleicher Bestimmung der Erbtheile doch jeder Gedanke an jene aequalitas verschwinde. Allein die Vermuthung, daß der Testator nur aus

testamentarischen wie bei der Intestaterbfolge durch eine erschöpfende Vertheilung des Erbschaftsvermögens unter die Erben stillschweigend die Collation ausgeschlossen werden [134]). b) Ob der Wille in Form einer letztwilligen Verfügung geäußert sein müsse, oder auch eine anderweitige Erklärung genüge, ob also namentlich bei der Zuwendung einer sonst collationspflichtigen Gabe sofort wirksam bestimmt werden könne, daß sie der Collation dereinst nicht unterworfen sein solle? Nach römischem Rechte ist vorerst unzweifelhaft, daß der Erblasser durch eine solche Verfügung nicht gehindert werde, später dennoch anders zu verfügen, so gut wie er auch die Collation einer gesetzlich nicht zu conferirenden Gabe immer als besondere Auflage eines Erben anordnen kann. Nach teutschem Rechte kann aber jene Zusicherung einen nicht willkürlich widerruflichen Erbvertrag enthalten [135]). Eine andere Frage ist es, ob sie denn auch, wenn sie nicht widerrufen wird, nach römischem Rechte nicht wirke, wofern sie nicht in Form einer letztwilligen Verfügung ausgesprochen worden? Diese Frage war nach dem Rechte des Codex nicht von Bedeutung, wegen der für letztwillige Verfügungen der Eltern gestatteten Formlosigkeit; sie ist aber bedeutend geworden, seitdem Justinian auch für diese eine gewisse Form vorgeschrieben [136]). Hiernach nun hält man die Beobachtung wenigstens dieser privilegirten Form auch für nothwendig, um die Collation auszuschließen, weil dieß als Prälegat zu betrachten sei und jedenfalls eine letzwillige Verfügung enthalte [137]). Allein die Vergleichung mit Prälegaten ist nicht treffend, weil es sich hier um Etwas handelt, was nicht mehr zur Erbschaft gehört und nicht aus der Erbschaft genommen wird (vergl. Nr. 5). Der Erlaß der Collation enthält überall keine Verfügung über den eigenen Nachlaß. Sieht man aber auf die Natur der Collationspflicht, so scheint vielmehr die Ansicht die richtige, nach welcher es zur Wirksamkeit jener Erklärung durchaus keiner Feierlichkeit bedarf [138]). Die Collation beruht auf der Voraussetzung, daß der Ascendent den einen Descendenten durch seine Gabe nicht habe bevortheilen wollen. Diese Voraussetzung wird zerstört, wenn der Geber irgendwie eine andere Willensmeinung deutlich zu erkennen gegeben hat, also gewiß vor Allem dann, wenn er bei der Gabe selbst erklärt hat, daß sie nicht conferirt werden solle. Auch sagt Nov. 18. cap. 6. nicht, daß die Ausschließung der Collation im Testamente verordnet sein müsse [139]).

---

Vergessenheit der conferenda nicht erwähnt habe, kann durch ungleiche Vertheilung sogar noch verstärkt werden; man darf sie also gewiß nicht in jedem Falle dadurch beseitigt halten.

134) L. 39. §. 1. D. fam. ercisc. (10. 2.) Intestato moriens codicillis praedia sua omnia et patrimonium inter liberos divisit ita, ut longe amplius filio quam filiae relinqueret: quaesitum est an soror fratri dotem conferre deberet? Respondi, secundum ea, quae proponerentur, si nihil indivisum reliquisset, rectius dici, ex voluntate defuncti collationem dotis cessare.

135) Mayer a. a. O. §. 128, Note 1.

136) Nov. 107. vergl. mit L. 21. §. 1. Cod. de testam. (6. 23.)

137) Franke, S. 247, Note 84.

138) Göschen a. a. O. §. 969, S. 470. Vgl. Pfizer, §. 182.

139) Sive intestatus quispiam moriatur, sive testatus ... esse

4) Nachdem durch Nov. 18. auch bei teſtamentariſcher Erbfolge die Collation eingeführt worden, kann ein Conflict zwiſchen dieſer und dem Pflichttheilsrechte entſtehen. Hier iſt nun entſcheidend die Rückſicht, daß der Pflichttheil auf keine Weiſe verletzt oder beſchränkt werden darf. Der Pflichttheil aber beſteht in einer Quote desjenigen, was der Pflichttheilsberechtigte als Inteſtaterbe von dem eigenen Vermögen des Erblaſſers erhalten würde, und darin können zwar gewiſſe, aber nicht alle bei Lebzeiten deſſelben empfangene collationspflichtige, Gaben eingerechnet werden. Hieraus ergibt ſich nun von ſelbſt: wenn einem Deſcendenten nicht mehr oder nicht einmal ſo viel, als ſein Pflichttheil beträgt, hinterlaſſen worden iſt, wobei aber die in den Pflichttheil einzurechnenden conferenda mit in Anſchlag kommen, ſo braucht er nichts zu conferiren; er kann im letzten Falle vielmehr noch Ergänzung des Pflichttheiles verlangen; natürlich vorausgeſetzt, daß nicht etwa die nicht zu conferirenden Schenkungen ſogar gegen die Miterben inofficiosae donationes geweſen[140]). Iſt ihm zwar mehr als der Pflichttheil hinterlaſſen, jedoch nur ſo viel, daß er durch die Collation desjenigen, was nicht in den Pflichttheil einzurechnen iſt, weniger als dieſen erhalten würde, ſo muß man conſequent die Collation in ſo weit beſchränken, wenn nicht ohnehin ſchon die völlige Ausſchließung derſelben nach dem Willen des Teſtators in dieſem Falle anzunehmen iſt. Iſt er ſchlechtweg auf den Pflichttheil eingeſetzt, ſo wird dieß in der Regel ſo zu verſtehen ſein, daß er nur ſo viel haben ſolle, als der Pflichttheil nach geſetzlicher Berechnung beträgt, und dann gilt das oben Geſagte. Iſt er aber eingeſetzt auf ein Dritttheil oder die Hälfte ſeiner Inteſtaterbportion, ſo iſt noch die Frage, ob er nicht ſchon andere Gaben, die in den Pflichttheil einzurechnen ſind, erhalten habe, und deren Collation iſt dann allerdings nicht ausgeſchloſſen, inſoweit er ſonſt mehr als den Pflichttheil erhalten würde.

5) Auch mit dem Rechte der lex Falcidia kann die Collation in Berührung kommen, ſowohl bei der Inteſtaterbfolge, als bei der teſtamentariſchen Erbfolge. Es iſt kein Zweifel, daß der Collationspflichtige ſich das conferendum nicht in die quarta Falcidia einzurechnen braucht, auch nicht zu demjenigen Theile, zu welchem es ihm bleibt[141]), es möchte ihm denn (nach neueſtem Rechte) ausdrücklich auferlegt ſein[142]). Es

---

collationes.. nisi expressim designaverit ipse etc. — Unterſtützt wird obige Meinung auch durch die Vergleichung mit den Grundſätzen über die Wirkung der Schenkungen von Seiten des Vaters an die in ſeiner Gewalt befindlichen Kinder. Obwohl dieſe nicht, wie die conferenda, aus dem Vermögen des Vaters eigentlich ausgeſchieden waren, ſollten doch die Beſchenkten ſie voraus haben; es würde alſo dadurch eine Modification in der Vertheilung des Nachlaſſes ſelbſt bewirkt; gleichwohl iſt zu dieſer ihrer Wirkſamkeit nur die Form der Schenkung erfordert, nicht die einer letztwilligen Verfügung. Vgl. Note 59, 60.

140) Vgl. Franke a. a. O. S. 248, und Recht der Notherben, S. 514 flg., 539. — Verkehrte Meinungen darüber hat Pfizer, §. 81, 82, 95.

141) L. 14. pr. D. ad leg. Falcid. (35. 2.) Vgl. Franke, S. 248, Note 85. Wäre die Erlaſſung der Collation einem Prälegat zu vergleichen, ſo müßte man ſagen, der Collationsgegenſtand ſei pro parte hereditaria des Empfängers in die Falcidia einzurechnen. L. 30. §. 8. L. 74. D. ad leg. Falc.

142) Nov. 1. cap. 2. §. 2.

könnte aber die Frage entstehen, ob nicht diejenigen, welchen von dem Miterben Etwas conferirt wird, dieses in ihre quarta sich einzurechnen haben, da sie diesen Zuwachs doch als Erben bekommen? Aber auch diese Frage muß consequent verneint werden. Denn die lex Falcidia will ein Viertheil des Bestandes der Erbschaft dem Erben vorbehalten haben; die Collationsgegenstände gehören aber nicht mehr zu der Erbschaft, und die Collationsberechtigten erhalten sie zwar nur als Miterben, aber doch nicht iure hereditario [143]). Man könnte diese Frage für unnütz halten, weil ja die Verletzung der Falcidia immer auch eine Verletzung des Pflichttheiles enthalte, da der letzte $\frac{1}{3}$ oder $\frac{1}{2}$ des Intestaterbtheiles betrage. Dieß ist aber dennoch nicht immer der Fall, weil ungeachtet einer Ueberschwerung des Erbtheiles doch durch Legate und andere Zuwendungen, die in die Falcidia nicht einzurechnen sind, der Verletzung des Pflichttheiles vorgebeugt sein kann. Und bekanntlich wird, von Manchen sogar nach römischem Rechte [144]), von Anderen wenigstens nach canonischem Rechte, dem Pflichttheilsberechtigten noch außer dem Pflichttheile die quarta Falcidia zuerkannt [145]).

6) Streitig ist die Frage, ob die Collation allen miterbenden Descendenten zu leisten sei, oder nur denjenigen, welche durch die Concurrenz des Collationspflichtigen in der Erbfolge beschränkt werden? Bei der Collation der Emancipirten und bei der älteren dotis collatio war das Letzte angenommen [146]). Dieß ist auch für die neuere Collation durch kein Gesetz ausdrücklich anders bestimmt worden, namentlich nicht durch L. 19. Cod. h. t., als welche nur die Collationspflicht eines ganzen Stammes im Verhältniß zu anderen Stämmen in bestimmter Beziehung festsetzt [147]). Gleichwohl wird von der weitüberwiegenden Mehrzahl der Rechtsgelehrten angenommen, daß es bei der neueren Collation darauf nicht mehr ankomme; daß vielmehr immer allen miterbenden Descendenten conferirt werden müsse, ohne Rücksicht darauf, ob diese unmittelbar durch den Collationspflichtigen in der Erbfolge beschränkt werden oder nicht [148]). Und allerdings entspricht diese Ansicht dem Wesen der neueren Collation [149]). Es soll nach L. 17. Cod. h. t. aequitatis studio in dividendis rebus die dos oder a. n. donatio ex substantia parentis profecta conferirt werden; es wird eine aequalitas (ἰσότης, Nov. 18. cap. 6.) unter den Descendenten beabsichtigt, welche darin besteht, daß

---

143) Es entscheidet auch hier der Gesichtspunkt, welchen L. 14. pr. cit. andeutet in den Worten: Falcidiam quidem iure hereditario, dotem autem iure proprio filiam habituram, quia dos in hereditate patris non inveniretur. Cf. L. 1. §. 14. D. de coniungend. cum. em. lib.: Hoc enim non de bonis avi, sed propter bona postea iis accessit.

144) Mühlenbruch, doctrina §. 759. not. 6.

145) Thibaut, §. 929, Note k. Vgl. Göschen, §. 1042, 1071.

146) Vgl. oben Note 9—11, 94.

147) Mayer, Erbrecht, §. 125, Note 5, 6. Vgl. unten Nr. 8.

148) Pfizer, §. 92. Thibaut, §. 883, Note i. Mühlenbruch, doctr. §. 719. not. 5—9. Wening, Bd. 5, §. 181, Note q. Göschen, §. 968, S. 474.

149) Voet ad tit. Dig. de collat. §. 3.

jene Gaben noch zur Theilung kommen, als wären sie nicht aus dem Vermögen des Erblassers herausgekommen. Dieser Zweck würde aber ganz verfehlt, wenn nicht jene Ansicht angenommen würde; wenn z. B. eine reich dotirte Enkelin nur ihren Geschwistern zu conferiren hätte, mit Ausschließung der übrigen Stämme, z. B. der Oheime oder Tanten, welche doch umgekehrt dem Stamme, welchem jene angehört, conferiren müßten. Es würden dann die Kinder des ersten Grades sich immer schlechter stehen, als im gleichen Falle entferntere Descendenten eines anderen Stammes. Recht auffallend zeigt sich dieses in dem Falle der L. 20. §. 1. Cod. h. t. Söhne und Töchter müßten ihre donatio propter nuptias oder dos conferiren, andere Söhne oder Töchter dagegen die empfangenen donationes simplices; Enkel eines verstorbenen Sohnes würden von jener Collation den Vortheil haben, aber möchten auch alle oder einzelne von ihnen die reichsten donationes simplices erhalten haben, sie könnten dieselben ganz für sich behalten, weil sie nur unter einander collationspflichtig wären. Wir finden also hier Sätze der älteren Collation, die mit dem Wesen der neueren sich nicht vertragen, und von denen wir daher für diese keinen Gebrauch machen können.

7) Mit der eben besprochenen berührt sich nahe eine andere Frage: nach welchem Verhältniß nämlich die conferenda zu vertheilen seien? Es muß im Allgemeinen das Verhältniß der Erbtheile darüber entscheiden, und wenn die unter Nr. 6) angenommene Ansicht richtig ist, so kommt es auch unter Descendenten verschiedener Grade darauf an. Dieß wird auch bestätigt durch L. 19. Cod. h. t. Denn obwohl nach damaligem Rechte (vor Nov. 18. cap. 4.) Enkel weiblicher Abstammung neben anderen Descendenten nur zwei Dritttheile des Erbtheiles ihres verstorbenen Parens erhielten, sollten sie doch die ganze demselben gegebene dos oder donatio ante nuptias in die Erbschaft einwerfen, eben so wie die Miterben die ihrige, ut commixtis huiusmodi collationibus cum bonis mortuae personae duas quidem partes nepotes vel neptes habeant illius portionis, quae patri vel matri eorum, si superesset, deferebatur; tertiam vero eiusdem portionis partem una cum sibi competentibus portionibus filii vel filiae defunctae personae capiant. Nach den Grundsätzen der älteren Collation hätten nämlich die Enkel in diesem Falle nur zwei Dritttheile der dos oder donatio ante nuptias zur Theilung hergeben müssen, weil sie nur zwei Dritttheile eines Stammtheiles den Söhnen und Töchtern entzogen [150]). Aber bei der testamentarischen Erbfolge können mit den allein collationsberechtigten Descendenten noch andere Erben concurriren. Es fragt sich, wie dann das Einzuwerfende zu vertheilen sei? Bei der Collation der Emancipirten kommt ein ähnlicher Fall vor, nach dessen Analogie man diese Frage entscheiden kann. Wenn mehrere Emancipirte mit sui heredes concurriren, so conferirt diesen jeder Emancipirte ohne Rücksicht auf die anderen Emancipirten, als erbte er allein mit jenen [151]). Man

150) Arg. L. 1. §. 3. D. de collat.
151) L. 1. §. 24. L. 2. §. 5. L. 3. §. 2. D. de collat. Vgl. Note 15.

geht wohl zu weit, wenn man dieser von vier namhaften römischen Juristen bestätigten Rechnungsweise den Vorwurf macht, sie beruhe auf einem falschen Princip, und zwar auf einem falschen Rechnungsprincip[152]). Sie beruht auf der Ansicht, daß der Emancipirte, indem er mit dem suus heres concurrirt, sich nicht besser stehen sollte als dieser. Davon aber kann man füglich auch auf obigen Fall der neueren Collation analoge Anwendung machen. Ein Descendent soll dadurch, daß er vom Erblasser dos oder donatio ante nuptias erhalten hat, sich nicht besser stehen als andere Descendenten. Dieß würde aber der Fall sein, wenn er den dem Erbtheil des fremden Miterben entsprechenden Theil derselben ausschließlich für sich behalten könnte. Man darf hierbei nicht schlechthin nur auf das Resultat sehen, welches statthaben würde, wenn die dos im Vermögen des Erblassers geblieben wäre; denn wer weiß, ob dieser alsdann den Fremden zu demselben Theile zum Erben eingesetzt hätte? Man muß auch berücksichtigen, daß derselbe in gleichen Umständen auch wohl den anderen Descendenten eine dos von gleichem Belang gegeben haben möchte, und es vielleicht nur deßhalb nicht gethan hat, weil der Fall nicht eintrat.

8) Was den Gegenstand der Collation betrifft, so wurde früher gewöhnlich als Regel aufgestellt: Alles dasjenige, was ein Descendent von dem verstorbenen Ascendenten bei dessen Lebzeiten als freie Gabe empfangen habe, müsse vom Empfänger conferirt werden. Diese Theorie verdankte wohl ihre Entstehung nur einer mißverständlichen Verallgemeinerung desjenigen, was in L. 17. Cod. h. t. am Ende in Beziehung auf die Collation der Emancipirten ausgesprochen wird[153]). Freilich wurden von dieser Regel viele Ausnahmen gemacht, theils solche, die schon bei der Collation der Emancipirten vorkommen[154]), theils andere, mit Rücksicht auf neuere Constitutionen. Insbesondere konnte nicht verkannt werden, daß nach L. 20. Cod. h. t. donationes simplices regelmäßig nicht der Collation unterworfen sind. Man dachte sich aber als Gegensatz der donationes simplices solche Gaben, welche eine besondere Veranlassung hatten, und kam so zu dem Satze, daß alle solche Gaben und nur diese zu conferiren seien; worin jedoch keine volle Uebereinstimmung herrschte, vielmehr, vorzüglich durch die Vermischung der verschiedenen Arten der Collation, in einzelnen Punkten die verschiedensten Meinungen hervorgerufen wurden[155]). Diese Theorie geht aber über den Inhalt der Gesetze hinaus, indem sie von einem willkürlich gebildeten Begriffe der simplex donatio ausgeht. Sie kann sich nicht gründen auf L. 20. pr. Cod. h. t., verb. quod tam in aliis quam in his

---

152) Förster, de bon. poss. contra tab. §. 117. Göschen a. a. O. S. 464, 482.

153) Vgl. Glossa ad h. l. — Franke, S. 219.

154) Vgl. oben Note 48—55.

155) Bachov. ad Treutler. II. disp. XVII. th. V. Vinnius, tractat. de collat. XV. 14. Lauterbach, Colleg. ad D. h. t. §. XI—XIX. Berger, oecon. II. 4. th. 51. Stryk, succ. ab intest. diss. XI. cap. 4. §. 15. Voet ad D. h. t. §. 11 sq. Pfizer, §. 106. — Vgl. Franke, S. 220 flg. Göschen, S. 475—479.

quae occasione militiae [156]); denn hier iſt ja nur von anderen in den Pflichttheil einzurechnenden Gaben die Rede. Sie kann ſich auch nicht gründen auf L. 20. §. 1. cit.; denn der dort allerdings fünfmal vorkommende Ausdruck simplex donatio bezeichnet hier ſchlechterdings nur den Gegenſatz von dos und donatio ante nuptias [157]), alſo jede andere Schenkung, ſogar auch diejenige, bei welcher ausdrücklich die Anrechnung auf den Erbtheil ausgemacht worden iſt [158]). Man muß alſo jene Regel vielmehr ganz fallen laſſen und nur darnach fragen, welche Gegenſtände in den Geſetzen als zu conferirende bezeichnet ſind. Dieſe aber ſind:

a) Die dos, welche der Aſcendent für die Deſcendentin beſtellt oder hergegeben hat, ſei es, daß er ſelbſt oder ein Anderer in ſeinem Namen ſie dem Manne dando oder promittendo conſtituirte, oder daß er der Frau die Vermögensobjecte zu dem Zwecke übergab, damit ſie dieſelben dem Manne in dotem gebe [159]), wobei nur vorausgeſetzt werden muß, daß der Beſteller nicht ſich ſelbſt (und alſo ſeinen Erben) den Rückfall der dos ſtipulirt habe [160]).

b) Die donatio ante oder propter nuptias, welche der Aſcendent für den Deſcendenten hergegeben, nulla discretione intercedente, utrum in ipsas sponsas pro liberis suis memorati parentes donationem contulerint, an in ipsos sponsos earum, ut per eos in sponsas donatio celebretur [161]). Dieſer Zuſatz und der ganze Zuſammenhang, ſo wie der gewöhnliche Sprachgebrauch des ſpäteren Conſtitutionenrechtes, ergibt unzweifelhaft, daß hier nur von dem eigenthümlichen der dos entſprechenden Inſtitut des ſpäteren Rechtes die Rede iſt, auf welches ſich L. 17. sq. Cod. de donat. ante nupt. beziehen, und welchem Juſtinian den Namen donatio propter nuptias beigelegt hat [162]).

c) Der Werth oder Vortheil einer vom Aſcendenten dem Deſcendenten angeſchafften militia, eines käuflichen Dienſtes [163]).

d) Andere Schenkungen (simplices donationes) unter folgenden Vorausſetzungen: α) wenn ſie mit der Beſtimmung gegeben worden, daß

---

156) So will Pfizer a. a. O. Vgl. Franke, S. 204.

157) Wie in L. 20. §. 1. Cod. de donat. ante nupt. — Vgl. Franke, S. 207—210. — Wollte man auch einen engeren Sinn mit donatio simplex verbinden, ſo würde es doch an einer geſetzlichen Beſtimmung über Collation desjenigen, was nicht dos oder donatio ante nuptias und nicht donatio simplex iſt, gänzlich fehlen. Denn L. 20. cit. ſagt davon nichts.

158) Wenn es am Ende der L. 20. cit. heißt: Simplex donatio non aliter confertur, nisi huiusmodi legem donator tempore donationis suae indulgentiae imposuerit, ſo iſt klar, daß eine Schenkung der letzten Art nicht in Gegenſatz zu der simplex donatio geſtellt, ſondern darunter begriffen iſt.

159) L. 17. Cod. h. t. ſagt dieß zwar wörtlich nur in Beziehung auf die donatio ante nuptias, verb. nulla discretione intercedente etc.; aber unbedenklich gilt daſſelbe auch von der dos.

160) Arg. L. 1. §. 1. D. de dot. collat.

161) L. 17. Cod. h. t.

162) Franke, S. 194—199.

163) L. 20. pr. Cod. h. t. Vgl. Note 201.

ſie auf den Pflichttheil angerechnet werden [164]), der Beſchenkte aber dennoch nicht auf den Pflichttheil beſchränkt worden iſt (vergl. Nr. 4). β) Wenn der Erblaſſer ſonſt irgendwie bei der Schenkung die Intention zu erkennen gegeben hat, daß dieſelbe conferirt werden ſolle [165]), alſo vorzüglich, wenn dieß ausdrücklich ausgeſprochen oder die Schenkung zur Abrechnung auf den künftigen Kindeserbtheil gegeben worden iſt [166]). In dieſer Beziehung aber können allerdings des Beweiſes wegen die von dem Erblaſſer geführten Annotationen über freiwillige Gaben an die Deſcendenten wohl erheblich ſein [167]). γ) Wenn andere Deſcendenten, die nicht ebenfalls simplices donationes empfangen haben, dos oder donatio ante nuptias conferiren, während der Beſchenkte ſolche nicht zu conferiren hat [168]). Hierbei entſteht noch der Zweifel, ob man dieß auch auf mortis causa donationes anzuwenden habe? Man könnte dieſe ſchon nach dem allgemeinen Princip in L. 20. pr. Cod. h. t. unbedingt der Collation unterworfen halten, weil ſie allemal in den Pflichttheil eingerechnet werden [169]). Allein aus dieſem Grunde kann man es von mortis causa donationes ſo wenig behaupten, wie von Vermächtniſſen, welchen jene in dieſer Beziehung nur gleichgeſtellt werden. Es kann nur die Frage ſein, ob ſie nicht umgekehrt gleich den Vermächtniſſen überall von der Collation auszunehmen ſeien, wo nicht etwa dieſe ausdrücklich angeordnet iſt. Aber es iſt gewiß die richtige Entſcheidung dieſe, daß nicht auch in dieſem Punkte eine Gleichſtellung mit den Legaten zu behaupten ſei. Die donationes mortis causa ſind immer Schenkungen; ſie ſind nirgends allgemein den Legaten gleichgeſtellt worden, und ihre Widerruflichkeit gibt keinen Grund, die Beſtimmung der L. 20. §. 1. nicht auf ſie anzuwenden [170]).

Von den hier aufgezählten Gegenſtänden der Collation kommt nun die donatio propter nuptias in ihrer eigentlichen römiſchen Bedeutung als praktiſches Rechtsinſtitut bei uns nicht mehr vor, und auch von der unter c) erwähnten militia iſt bei uns keine Rede mehr. Demnach würde ſich denn die Collation der Deſcendenten nur noch auf die dos und auf gewöhnliche Schenkungen beſchränken, die letzten aber nur unter den sub d) angegebenen beſonderen Vorausſetzungen ergreifen. Allein es kann in Wahrheit eine wohlbegründete Praxis genannt werden, daß überhaupt Alles conferirt werden müſſe, was den Kindern zur Einrichtung einer geſonderten Wirthſchaft, alſo namentlich bei Eingehung einer Ehe zu ihrer

---

164) Dieß folgt von ſelbſt aus L. 20. pr. Cod. h. t. vgl. mit L. 25. D. de inoff. test. (3. 2.) und L. 35. §. 2. Cod. eod. 3. 28.

165) L. 20. in f. Cod. h. t.

166) Doch kann nicht in jedem Falle der ſogenannte Vorempfang auf künftige Erbſchaft unter den Geſichtspunkt der eigentlichen Collation geſtellt werden. Pfizer, §. 108.

167) Roßhirt a. a. O. S. 439.

168) L. 20. §. 1. Cod. h. t. Den Fall, daß der eine nach Nr. c) oder d) c) β) etwas zu conferiren, der andere aber simplicem donationem empfangen hat, berührt das Geſetz nicht.

169) §. 6. J. de inoff. test. L. 8. §. 6. D. eod. 5. 2.

170) Roßhirt a. a. O. S. 442.

Ausſtattung, vom Aſcendenten gegeben worden [171]). Bei aller ſonſtigen Verſchiedenheit der Meinungen hat dieſer Satz bis auf die neueſte Zeit die conſtanteſte Anerkennung gefunden [172]), und wenn man auch denſelben durch unzureichende theoretiſche Gründe zu rechtfertigen ſuchte, ſo lag ihm doch ein richtiges Gefühl des praktiſchen Bedürfniſſes zum Grunde, welches eben dadurch ſich geltend machte, daß die wahre römiſche propter nuptias donatio in unſerem Rechte nicht einheimiſch geworden iſt. Dieſe Ausſtattungen oder elterlichen Aushilfen ſind Gaben, von denen nach der herrſchenden gemeinen Anſicht im Zweifel nicht anzunehmen iſt, daß ſie den Empfänger vor Anderen bevortheilen ſollten; von denen vielmehr zu vermuthen iſt, daß ſie anderen Deſcendenten im gleichen Falle ebenfalls würden zugewendet worden ſein, und die inſofern der dos ſehr analog ſind.

9) Die im Allgemeinen der Collation unterworfenen Gaben brauchen doch im einzelnen Falle nur inſofern conferirt zu werden, als der Empfänger nach dem Tode des Gebers noch Vortheil davon hat. Dieſer Grundſatz der älteren Collation mit ſeinen näheren Beſtimmungen oder Modificationen iſt unbedenklich auf die neuere Collation noch anzuwenden [173]). Daher wird in Anrechnung gebracht, was vor dem Tode des Aſcendenten dolo malo oder nachher culpa des Empfängers verloren worden, und in Abrechnung, was dann nachher ohne Schuld deſſelben zu Grunde gegangen oder verſchlechtert worden iſt [174]). Was aber insbeſondere die dos betrifft, ſo muß dieſelbe der Regel nach ſofort vollſtändig zur Collation kommen, wenn gleich zur Zeit noch die Ehe nicht getrennt iſt, alſo die dos noch nicht zurückgefordert werden kann [175]). Aber es kommt darauf an, ob der Mann im Stande iſt, die ganze dos zurückzuzahlen. Nach älterem Rechte kam dieß nur in Betracht, wenn die Ehe ſchon aufgelöſt war [176]). Nach Juſtinian's Nov. 97. cap. 6. aber ſoll die Frau, si quidem suae potestatis et perfectae aetatis mulier est, ſich ſelbſt die Schuld beimeſſen, wenn ſie nicht vorſorglich von ihrem Rechte Gebrauch gemacht hat, wegen drohender Inſolvenz des Mannes ſchon während der Ehe die dos in Sicherheit zu bringen, und ſoll daher die ganze dos ſich anrechnen; wenn ihr dagegen, ſei es wegen ihres Alters, ſei es wegen Renitenz des Vaters, in deſſen Gewalt ſie ſich befindet, jene Schuld nicht imputirt werden kann, ſo ſoll ſie nur ihre Klagen

---

171) Puchta, Lehrb. §. 504, Note u. Mühlenbruch, §. 720. not. 6. Vgl. Mayer, §. 127 a. E. mit §. 126 a. E., welcher freilich die Ausſtattung der Söhne von dieſen nur als Emancipirten conferirt wiſſen will.

172) Vgl. die Schriftſteller in Note 155. Lauterb. ad tit. D. de dot. collat. §. XI. Struv. syntagma cum addit. Mülleri ad tit. cit. §. XLIII. Bausch, de subsidio parentum collationi obnoxio. Gött. 1773. — Dagegen Franke, §. 222. Wening, Bd. 5, §. 183, Note m.

173) Vgl. L. 20. pr. Cod. h. t. und darüber Note 201.

174) L. 1. §. 23. L. 2. §. 2. D. de collat. Vgl. Note 43, 44.

175) Arg. L. 5. Cod. h. t. L. 1. §. 6. D. de dot. collat. Cf. Nov. 97. cap. 6. pr.

176) L. 1. §. 6. cit. Cf. Nov. cap. 6. pr. cit.

gegen den Mann oder dessen Erben zu cediren verpflichtet sein; nach dem ganzen Zusammenhange des Gesetzes aber macht es hierin keinen Unterschied, ob jene culpa vor oder nach dem Eintritte des Erbfalles stattgefunden habe. Kommt übrigens nur die Bereicherung zur Zeit des Erbfalles in Betracht, so müssen auch die auf die Sache gemachten Verwendungen in Abzug kommen, so weit sie nicht blos in gewöhnlichen laufenden Ausgaben bestehen, die dem Genießenden zur Last fallen. Bei der dos wird zwar nach den Pandekten nur der Abzug der necessariae impensae gestattet [177]); aber wohl nur aus dem Grunde, weil nach classischem Rechte regelmäßig wegen anderer impensae auch der Mann keinen Abzug machen konnte; insofern dieß nun aber nach Justinianischem Rechte möglich ist, muß consequent auch bei der Collation ein gleicher Abzug zugegeben werden [178]). Auf der anderen Seite sind aber auch die Accessionen des ursprünglichen Collationsgegenstandes mit in Anschlag zu bringen [179]), und insbesondere können auch Früchte und Zinsen in Rechnung kommen. Diese letzten zu leisten soll der Collationspflichtige nach der Meinung Vieler nur ex mora verpflichtet werden, also nachdem er zur Collation aufgefordert worden ist [180]). Dieß ist auch nach allgemeinen Grundsätzen richtig in Ansehung des Ersatzes für Früchte, die er nicht wirklich gezogen hat, die aber dem Collationsberechtigten würden gewonnen sein, wenn die Collation zeitig geschehen wäre. In Ansehung der wirklich gewonnenen Früchte aber muß vielmehr behauptet werden, daß dieselben gleich der Hauptsache selbst conferirt werden müssen, ob der Collationspflichtige in mora sei oder nicht [181]). Dieß erfordert die Consequenz der Sache selbst; denn gehörten die Collationsgegenstände wirklich zu der Erbschaft, so würden ja auch die Früchte derselben den Miterben pro partibus hereditariis zu Gute kommen; sie sind aber im Verhältniß zu den collationsberechtigten Miterben so zu behandeln, als gehörten sie zu der Erbschaft, und, wenn sie nicht sofort conferirt werden, ist es so zu beurtheilen, als wenn ein Miterbe von einzelnen Sachen der Erbschaft allein einstweilen den Genuß gehabt hätte, der ihnen gemeinschaftlich gebührte. Und dieß wird auch durch den betreffenden Ausspruch der Quellen selbst bestätigt [182]).

---

177) L. 1. §. 5. D. de dot. collat. Quum dos confertur, impensarum necessariarum fit detractio, ceterarum non.

178) L. un. §. 5. Cod. de rei uxor. act. (5. 13.), vergl. mit L. 8. D. de impensis. (25. 1.) Pfizer, §. 254. Göschen a. a. O. S. 481.

179) Arg. L. 10. §. 1. 2. L. 69. §. 9. D. de iure dot. (23. 3.)

180) Göschen a. a. O. Thibaut, §. 886, Note n. o. Mayer, §. 125, Note 10.

181) Wening, Lehrb. §. 185, Note u. v.

182) L. 5. §. 1. D. de dot. collat. Filia, quae soluto matrimonio dotem conferre debuit, moram collationi fecit: viri boni arbitratu cogetur usuras quoque dotis conferre, quum emancipatus frater etiam fructus conferat et filia partis suae fructus percipiat. Nach Auflösung der Ehe gewinnt die Frau Früchte und Zinsen der dos; verzögert sie nun deren Collation, so muß sie auch diese conferiren; es muß ja auch der emancipirte Bruder die Früchte conferiren, die er nach dem Tode des Vaters von den zu conferirenden

10) Nach dem Bisherigen kann nun leicht über einige Gegenstände, von deren Collation man wohl gesprochen hat, entschieden werden. Es gehören dahin a) Alimente. Diese hat der Ascendent entweder α) pflichtschuldig geleistet; dann kann von einer Collation derselben nicht die Rede sein, theils weil die bloße Erfüllung einer Verbindlichkeit keine Gabe der Liberalität ist, theils schon aus dem Grunde nicht, weil die elterliche Alimentationspflicht nicht über das wahre Bedürfniß hinausreicht, und, wenn sich die Gabe darauf beschränkte, zur Zeit des Todes keine Bereicherung mehr davon vorhanden sein wird; oder β) er ist in Anweisung derselben über seine Schuldigkeit hinausgegangen; dann fällt entweder der Ueberschuß unter den Gesichtspunkt einer **simplex donatio** (Nr. 8. d), oder es ist **credendi causa** gegeben, und muß dann als Schuld an die Erbschaft herausgezahlt, nicht im wahren Sinne conferirt werden. Dieselben Gesichtspunkte treten auch b) bei den vielbesprochenen Studienkosten ein, und man kann hier wie dort nicht für den **animus credendi** vermuthen[183]). Auch daß, c) was ein Ascendent als Lösegeld für den Descendenten bezahlt hat, regelmäßig nicht zu conferiren sei, braucht nicht erst durch Allegation einer doch nicht passenden Stelle[184]) dargethan zu werden. Nicht minder gewiß ist, d) daß die von den Eltern aufgewandten Kosten des Hochzeitfestes bei Verheurathung der Kinder keinen Collationsgegenstand bilden, schon deßhalb nicht, weil sie verzehrt worden, aber auch deßhalb, weil solcher Aufwand von den Eltern mehr in eigenem Namen des Anstandes wegen, als für die Kinder gemacht zu werden pflegt. Gewöhnlich wurden nach der älteren Theorie e) auch remuneratorische Schenkungen von der Collation ausgenommen, und auch von Neueren wird noch eine Ausnahme für diese behauptet, so daß sie auch nicht in dem Maße, wie andere gewöhnliche Schenkungen, zur Collation kommen sollen[185]). Und in der That ist dieß auch der Natur der Sache entsprechend. Man darf annehmen, daß bei einer **remunerandi causa** vorgenommenen Schenkung schon der Wille des Schenkers die Collation ausschließe; denn sonst könnte ja seine Absicht zu remuneriren ganz vereitelt werden. Endlich f) werden noch einige andere Ausnahmen angeführt, welche von der Collation der Emancipirten hergenommen sind[186]). Diese können aber nicht ohne Weiteres hierher gezogen werden. Der Grund namentlich, weßhalb

---

Gütern gezogen hat; und es hat ja die Tochter auch sofort vom Zeitpunkte des Todes die Früchte von ihrem Erbtheil in Anspruch zu nehmen. — Dieß ist der Sinn dieser Stelle; die angeführten Gründe der Entscheidung würden nicht zutreffen, wenn man die Worte **moram collationi fecit** so verstehen wollte: sie ist durch Interpellation in Mora versetzt worden; sie bezeichnen hier nichts, als daß die Collation nicht alsbald geschehen, da sie hätte geleistet werden sollen. Vgl. Voet ad h. t. §. 24: **At qui post mortem ex mora quadam percepti sunt, omnino conferri debent.**

183) L. 50. D. fam. ercisc. (10. 2.) Vgl. Franke, S. 177. Sehr weitschweifig handelt davon Pfizer, S. 489—326.

184) L. 17. Cod. de postliminio. (8. 51.)

185) Wening, Bd. 5, §. 183, Note e, vergl. Bd. 3, §. 213, Note ll. Thibaut, §. 884, Note e. Mühlenbruch, §. 720. nr. 4.

186) Vgl. Note 51, 53, 54.

das castrense peculium von der Collation der Emancipirten ausgenommen war, findet gar nicht ſtatt bei der allgemeinen Collation der Deſcendenten in Rückſicht desjenigen, was der Aſcendent einem Deſcendenten zu deſſen castrense peculium gegeben hat, und es war daher ungegründet, wenn dieſes früher allgemein von der Collation ausgenommen wurde[187]). Vielmehr iſt es, wenn nicht creditirt, nur als gewöhnliche Schenkung zu betrachten und gleich dieſer nach Umſtänden zu conferiren. Dasjenige aber, was einem Deſcendenten dignitatis nomine oder zur Erlangung einer Würde oder nicht wiederverkäuflichen Bedienung gegeben worden, kann wohl aus dem Grunde von der Collation ausgenommen werden, weil es nicht als ein die Kinder bereichernder Gewinn angeſehen werden kann[188]). Doch wird es hierbei noch darauf ankommen, ob nicht der Deſcendent den Aufwand jedenfalls aus eigenem Vermögen gemacht haben würde, was er nun geſpart hat, und ob nicht das dazu Hergegebene blos creditirt ſein ſollte[189]).

11) Aber nicht blos das, was ein Deſcendent ſelbſt unmittelbar von dem Erblaſſer an Collationsgegenſtänden erhalten hat, muß er conferiren, ſondern auch was dem Parens iſt gegeben worden, in deſſen Stelle tretend jener den Aſcendenten höheren Grades mitbeerbt. Dieſer Punkt war vor Juſtinian controvers; er hat eine Entſcheidung darüber gegeben in L. 19. Cod. h. t., die aber freilich die Sache dennoch nicht aller Controverſe enthoben hat. In jedem Falle haben die Enkel, beziehungsweiſe Urenkel, nicht mehr zu conferiren, als ihr Parens zu conferiren hätte, und ſie haben nur zu conferiren, wenn ſie Erben des Großvaters oder Urgroßvaters werden (nach Nr. 1). Streitig aber iſt es, ob ſie in dieſem Falle unbedingt anſtatt ihres Parens conferiren müſſen[190]), oder nur unter der Vorausſetzung, daß die conferenda deſſelben auch an ſie gekommen ſind, alſo namentlich wenn ſie deſſen Erben geworden ſind[191]). Für die erſte Anſicht ſpricht entſcheidend L. 19. Cod. cit. Sie verordnet unbedingt, nepotes vel neptes patruis suis aut avunculis, amitis etiam et materteris dotem vel ante nuptias donationem patris sui vel matris, quam pro eo vel ea mortua persona dedit, conferre. In dieſe Beſtimmung kann die Vorausſetzung, daß die Enkel Erben des Vaters oder der Mutter geworden ſeien, durchaus nicht hineingetragen werden. Denn zu der Zeit, als L. 19. cit. erlaſſen wurde (a. 528), ging die Dotalforderung regelmäßig noch gar nicht auf die Er-

---

187) Z. B. Pfizer, §. 137, auch noch Mühlenbruch, §. 720. not. 10. Vgl. Göſchen, S. 477.

188) Thibaut, §. 884, Note d. Vgl. auch Pfizer, §. 126.

189) Wening, §. 183, Note g.

190) Dieß iſt beſonders vertheidigt von Wernher, obs. for. tom. II. p. VI. obs. 499. et additam. p. 144—168. Vgl. Pfizer, §. 93. Thibaut, §. 883, Note k. Wening, §. 180, Note k. kk. Schweppe, Privatrecht §. 863.

191) Mühlenbruch, §. 719. not. 12—14. Puchta, Lehrb. §. 504, Note t. Göſchen, §. 969, Note 4, 5. Dem hier angeführten Zeugniß Hofacker's (§. 1664) über die Praxis widerſpricht übrigens Wernher (l. c. p. 144), der die entgegengeſetzte Anſicht communem sententiam nennt.

ben der Frau über; erst im Jahre 530 ist dieses durch L. un. Cod. de rei uxoriae act. eingeführt worden; es kann also nicht angenommen werden, daß Justinian auf den Umstand der Beerbung in L. 19. cit. irgend Gewicht gelegt habe; vielmehr muß das Motiv seiner Entscheidung wirklich dieses gewesen sein, daß die Enkel als in parentis sui locum succedentes auch nicht mehr erhalten sollten, wie ihr parens erhalten würde. Dieß ist auch durch die Novellen nicht abgeändert, welche nur den Enkeln den vollen Stammtheil ihres parens ertheilt haben, von dem sie nach L. 19. cit. nur erst zwei Dritttheile erhielten, wenn sie nicht sui oder emancipati waren. Daß übrigens Enkel eines Stammes in gleicher Weise auch Enkeln eines anderen Stammes zu conferiren haben, wie deren Vater oder Mutter conferirt werden müßte, ist nicht zu bezweifeln [192]).

12) In Betreff der Enkel und Urenkel hat man auch noch die Frage aufgeworfen, ob dieselben auch was sie selbst bei Lebzeiten ihres Vaters oder ihrer Mutter u. s. w. von den Großeltern oder Urgroßeltern empfangen haben, conferiren müssen? Man hat dieß bezweifelt, weil die Enkel solches noch nicht als nächste Intestaterben erhielten, da sie von der Intestaterbfolge zu dieser Zeit noch durch ihren Parens ausgeschlossen seien worden [193]), und nur wenn der Großvater der Enkelin eine dos necessaria bestellt habe, soll diese nichtsdestoweniger conferirt werden [194]). Aber diese Beschränkung ist ohne Fug in die Gesetze hineingetragen, welche die Descendenten schlechthin, wofern sie Intestaterben sein würden, zur Collation verpflichten. Es ist eine falsche Vorstellung, daß in jenem Falle die Gaben nicht anders anzusehen seien, als seien sie an fremde Personen, nicht Descendenten, gemacht worden, und inconsequent ist es, aus der gesetzlichen Verpflichtung zur Dotation eine Collationspflicht herzuleiten in einem Falle, wo sie sonst nicht besteht [195]).

13) Bisher ist untersucht worden, in welchen Fällen gesetzlich die Collation stattfinde. Ohne Zweifel kann aber durch eine letztwillige Disposition die Collation auch außerdem für solche Personen oder Gegenstände angeordnet werden, für welche sie gesetzlich nicht stattfindet. Dieß ist aber dann auch nur gleich einem anderen, durch den Willen des Erblassers einem Erben auferlegten, Onus zu beurtheilen, und mit Rücksicht auf die hierüber geltenden allgemeinen Grundsätze die Giltigkeit und die Wirkung dieser Auflage zu bestimmen. Auch durch Vertrag läßt sich ein gleiches Resultat erzielen, nicht nur nach teutschem, sondern auch nach römischem Rechte, und nicht nur durch die einer Schenkung an den Descendenten gleich anfangs hinzugefügte Bedingung der Collation, sondern auch nachher und in anderen Fällen; indem man die betreffende Verabredung als ein zu Gunsten der Erben gegebenes Versprechen zu betrachten hat, das nach neuerem römischen Rechte giltig ist. Aber es ist denn auch

192) Vgl. Wernher l. c. obs. 500. Voet ad Dig. h. t. §. 4.
193) Pfizer, §. 87—90. Roßhirt, S. 435, 436.
194) Roßhirt a. a. O. sub Nr. 2.
195) Vgl. besonders Voet ad Dig. h. t. §. 3.

hier keine wahre Collation, sondern nur eine vertragsmäßige Verbindlichkeit ähnlichen Inhaltes begründet.

14) Endlich muß nun noch die Art und Weise, wie die Collation vollzogen und geltend gemacht werden kann, bestimmt werden. Darüber enthält das neuere Recht keine besondere Vorschriften; es sind aber die betreffenden Bestimmungen für die ältere Collation leicht auch auf die neuere anzuwenden [196]). Reell kann die Collation geleistet werden entweder durch Herausgabe der Collationsgegenstände in natura, oder durch anderweitige Vergütung nach ihrem Werthe [197]). Ob dieß der Wahl des Conferenten zu überlassen sei, ist streitig [198]). Unbedingt kann dieß gewiß nicht behauptet werden, so daß nämlich auch die Art der Vergütung der Willkür des Conferenten überlassen wäre. Man kann höchstens zugeben, daß derselbe nach Belieben den Werth in baarem Gelde vergüten könne. Eben deßhalb aber kann man die bejahende Behauptung überhaupt gar nicht auf L. 1. §. 12. D. de collat. gründen, wie gewöhnlich geschieht. Man müßte es dann der Wahl des Conferenten überlassen, ob er durch Delegation eines Schuldners, durch Hingabe eines Grundstückes oder einer anderen Sache u. s. w. den Werth des Collationsgegenstandes vergüten wolle. Diese Stelle beweist auch schon deßhalb nichts, weil alle dort erwähnten Handlungen die Zustimmung der Anderen wesentlich voraussetzen, und dieselbe also nichts anderes sagt, als emancipatum satis contulisse videri, wenn auf solche Weise die Miterben befriedigt worden, nicht im Geringsten aber andeutet, daß die Miterben sich dieses durchaus gefallen lassen müßten. Noch weniger beweist L. 5. Cod. h. t. für die bejahende Behauptung; sie spricht nur aus, daß die Frau also sich nicht dürfe beigehen lassen, die dos vor der Zeit vom Manne zurückfordern zu wollen, weil sie dieselbe ihren Brüdern conferiren müsse; und deutet dabei an, daß die Collation sich auch schon bewerkstelligen lasse, wenn gleich die Collationspflichtige vorläufig selbst noch nicht der dos habhaft werden könne. Sie setzt auch gar nicht einmal die Nothwendigkeit einer Werthberechnung voraus; denn ihre Entscheidung paßt eben so gut für den Fall, wenn die ganze dos nur in einer Summe Geldes besteht, wie für jeden anderen. Wir müssen also anerkennen, daß wir über unsere Frage in den Quellen in der That gar keine Entscheidung haben. Nach der Natur der Sache aber können wir nur dieses behaupten, daß, wenn die Parteien sich nicht in Güte über die Art und Weise der Collation vereinigen, der iudex familiae erciscundae nach seinem Arbitrium eine den Verhältnissen angemessene Anordnung zu treffen habe; und dabei wird es allerdings der Billigkeit gemäß sein, dem Conferenten auf sein Begehr den ausschließlichen Besitz der Collationsgegenstände zu überlassen, wenn er ein vollkommen genügendes Aequivalent dafür bietet.

---

196) Vgl. oben Note 21—35, 98—100.

197) L. 1. §. 11. 12. D. de collat. bon. L. 1. §. 8. D. de dot. collat.

198) Dafür z. B. Voet l. c. §. 9. Thibaut, §. 886. Wening, Bd. 5, §. 184. Göschen, §. 970. — Dagegen Lauterbach, de dot. collat. §. 52. ad Dig. h. t. §. 21. Vinnius l. c. cap. 16. Am ausführlichsten Pfizer, §. 193—202.

Streitig iſt auch, nach welchem Zeitpunkte der Werth zu berechnen ſei, wenn nicht die Sachen in natura conferirt werden? Von Vielen wird behauptet, nach dem Zeitpunkte des Todes des Erblaſſers[199]). Ein Hauptargument dafür findet man in dem Ausſpruche der L. 20. pr. Cod. h. t.[200]) Dieſer iſt aber wahrlich gar nicht geeignet, eine ſolche Regel zu begründen, ſondern erklärt ſich lediglich durch die beſondere Natur des dort erwähnten Gegenſtandes[201]). Außerdem entbehrt jene Be-

199) Vgl. die vier erſten Citate der vorigen Note. Dagegen Pfizer, §. 202 flg.

200) Heidelb. Jahrb. a. a. O. S. 119.

201) Die L. 20. ſagt: Quod tam in aliis, quam in his, quae occasione militiae uni heredum ex defuncti pecuniis acquisitae lucratur is qui militiam meruit, locum habebit: ut lucrum, quod tempore mortis defuncti ad eum pervenire poterat, non solum quartae parti computetur, sed etiam ab intestato conferatur. Dieß erklärt ſich durch Vergleichung mit L. 30. §. 2. Cod. de inoff. test., wo Juſtinian verordnete, es ſolle in den Pflichttheil eingerechnet werden, quae occasione militiae ex pecuniis mortui eisdem personis acquisitae posse lucrari (ſo iſt zuverläſſig auch hier zu leſen, nicht acquisita posse lucr., was einen ganz falſchen Sinn gibt) eas manifestum est, eo quod talis sit militia, ut vendatur vel mortuo militante certa pecunia ad eius heredes perveniat. Hier iſt vorerſt wohl zu bemerken: es iſt nicht die militia ſelbſt, welche in den Pflichttheil eingerechnet oder conferirt werden ſoll, ſondern nur ea quae occasione militiae lucrari potest. Dafür könnte man den Preis anſehen, welcher durch Verkauf der militia erlangt werden könnte. Aber dieſer war ungewiß; er konnte nur durch den Verſuch des Verkaufes erfahren werden; der militans ſollte aber nicht zum Verkaufe, alſo zum Aufgeben des Dienſtes gezwungen werden. Dagegen gab es einen anderen feſtſtehenden Maßſtab des Werthes; er beſtand in derjenigen Geldſumme, welche nach dem Tode des militans von dem Nachfolger an die Erben deſſelben gezahlt werden mußte; certa pecunia — L. 30. §. 2. cit. — quod pro eisdem militiis pro tenore communis militantium placiti vel divinae sanctionis tale praestantis beneficium dari solet — L. 27. Cod. de pignor. (8. 14) Vgl. L. 7. 11. Cod. de proximis sacr. (12. 19.) — *τὰ ἐκ τοῦ καλουμένου κάσου στρατείας* — Nov. 53. cap. 5. denn gewiß iſt hier nach Köhler's Emendation ſtatt *τάς* zu leſen *τά*; es erinnert an ea quae occasione militiae lucratur; vgl. aber Nov. 97. cap. 4. *τοῦ κάσου γινομένου*; Cuiac. ad L. 3. §. 7. D. de minor., in opp. edit. Neap. I. c. 990. ad tit. Cod. de collat. und de pignor. ibid. IX. c. 697. 1199. — und dieſe Summe war bei einigen militiae auch der höchſte erlaubte Verkaufspreis — Nov. 35. in der Ausgabe von Spangenberg oder Oſenbrüggen, vgl. Cuiac. opp. II. c. 1088. — Juſtinian beſtimmt nun in L. 30. §. 2. cit. ausdrücklich, daß dieſe Summe ſolle in den Pflichttheil eingerechnet werden, und zwar verordnet er, weil es möglich wäre, daß der militans nach dem Tode erſt einen höheren Grad erlangte, noch genauer dieſes: ita tamen, ut ille gradus eiusdem militiae inspiciatur, quem in morte testatoris militans obtinet: ut tanta ei pecunia in legitimam portionem computetur, quantam dari constitutum est, si in eo gradu mortuus esset is, qui militiam ex pecuniis testatoris adeptus est. Dieſe fixirte Geldſumme alſo iſt das lucrum, quod tempore mortis defuncti ad eum pervenire poterat, das daher nach L. 20. pr. auch conferirt werden muß. Dieſe Beſtimmung war auch vollkommen conſequent; denn wenn der Erblaſſer ſelbſt die militia inne gehabt hätte, ſo würden ja ſeine Erben eben dieſe Summe erhalten haben; von einer ſpäteren Erhöhung derſelben, es ſei denn durch Verzugszinſen, kann keine Rede ſein. Hiernach iſt es denn wohl klar genug, daß man dieſen Fall nicht vergleichen kann mit ſolchen, da der Werth der Collationsgegenſtände ſelbſt geſtiegen iſt, ſei es durch Acceſſionen, ſei es durch Steigerung des geltenden Preiſes.

hauptung alles Grundes und die Natur der Sache spricht entschieden dagegen. Gehörten die conferenda zur Erbschaft, so würden sie gleich anderen Erbschaftsobjecten zur Theilung kommen, und wenn sie einem Miterben allein überwiesen würden, so würde die Vergütung, welche dafür den anderen zu leisten wäre, nur nach dem gegenwärtigen Werthe sich bestimmen. Die Collation hat aber offenbar den Zweck, denselben Erfolg zu erzielen, als wenn jenes der Fall wäre; und nur so wird die beabsichtigte Gleichstellung der Erben erreicht. Auch ist ja anerkannt, daß eine zufällige Verschlechterung der Sache seit dem Todesfalle dem Conferenten nicht zur Last falle. Ist denn eine zufällige Minderung ihres Werthes, wenn sie auch ohne materielle Verschlechterung eingetreten sein sollte, so wesentlich verschieden? Oder glaubt man, wenn der Werth geringer geworden, so möge der Conferent den jetzigen Werth vergüten; wenn aber derselbe erhöht worden, so genüge es, den geringeren Werth zur Zeit des Todes zu ersetzen? Da würde die Regel, sehr inconsequent, zur Hälfte aufgegeben. Und doch! Wollte man, um die Consequenz zu retten, behaupten, er müsse unbedingt entweder die Sache selbst hergeben, oder deren Werth zur Todeszeit ersetzen: wird er da nicht im Fall einer Verminderung des Werthes immer die Sache selbst hergeben, und dann in der Theilung dieselbe dennoch für ihren jetzigen Werth wieder erlangen können, im Falle einer Erhöhung des Werthes aber die Sache behalten und den früheren geringeren Werth ersetzen? Einfach und plan ist dagegen Alles, wenn man annimmt, daß eigentlich die Sachen selbst zu conferiren sind, daß aber in dividendis rebus auch der Werth derselben vergütet werden kann, und zwar natürlich derjenige, den sie eben jetzt in der Zeit haben, in welcher sie durch denselben vertreten werden sollen. Damit stimmen auch die Aussprüche unserer Quellen, sowohl in Beziehung auf die Collation der Emancipirten, als in Beziehung auf die neuere collatio dotis überein [202]).

Wenn die Collation nicht alsbald reell geleistet werden kann, so muß Caution dafür gestellt werden. Bei der Collation der Emancipirten war diese vorangestellt, gewiß aus dem Grunde, weil sie alle Güter des Emancipirten ergriff, dabei aber meistentheils eine reelle Collation sich so bald nicht wird bewerkstelligen lassen, oder doch wenigstens leicht Zweifel über ihre Vollständigkeit entstehen konnten [203]). Bei der neueren Collation, als welche sich nur auf bestimmte Objecte beschränkt, wird dagegen meistentheils die reelle Collation leicht möglich sein, und daher die Caution nur im Nothfall eintreten. Die Caution aber hat doch nur den Zweck, die reelle Collation herbeizuführen und zu sichern. Ist jene geleistet wor-

---

202) Vergl. oben Note 43—45, 182. Man beachte namentlich Ausdrücke wie folgende: sua bona in medium conferant, qui appetant paterna; propria bona, dividat bona sua cum fratribus; constet, quid sit in bonis emancipati; si dicantur quaedam non esse in commune redacta; L. 1. pr. §. 10—12. vgl. L. 2. §. 2—4. D. de collat. bon. Ferner: cum bonis dotem confundi L. 8. Cod. h. t. in dividendis rebus dos, donatio ante nuptias conferatur. L. 17. Cod. h. t. Vgl. L. 19. Cod. h. t.

203) L. 1. §. 11. D. de collat.

den, so gibt die Klage daraus den Miterben das Mittel, die wirkliche Erfüllung der anerkannten Verbindlichkeit zu erwirken, und es kann sich dieser der Collationspflichtige oder dessen Bürge nicht mehr entziehen, sofern nicht die Caution vor Antretung der Erbschaft geleistet worden und diese darauf nicht erfolgt ist [204]). Außerdem können die Collationsberechtigten in dem iudicium familiae erciscundae ihre Ansprüche geltend machen [205]). Aber dieses kann nicht in allen Fällen aushelfen; es ist daher auch gestattet, falls der Verpflichtete weder re noch cautione conferirt, extra ordinem richterliche Hilfe zu begehren, und es kommen dann nach Lage der Sache die früher bei der Collation der Emancipirten angegebenen verschiedenen Maßregeln zur Anwendung [206]). Es wird dem Säumigen durch denegatio actionum sein Erbtheil so lange vorenthalten, bis er seiner Verpflichtung nachkommt, und dessen Besitz entweder den collationsberechtigten Miterben eingeräumt; schlechthin, wenn jener contumax ist, gegen Caution, wenn er per inopiam nicht cavirt, oder auch, im letzten Falle, kann zur Verwaltung desselben ein Curator ernannt werden, welcher dann aus dem Erbtheil die Ansprüche der Miterben zu befriedigen hat. Dabei ist nur noch insbesondere zu bemerken, daß im Falle der testamentarischen Erbfolge nach Analogie der in Note 26. 27. angeführten Bestimmungen ausschließlich nur den collationsberechtigten Miterben, nicht auch fremden eingesetzten Erben, der Erbtheil des nicht conferirenden Collationspflichtigen zu überlassen ist.

Uebrigens geht aus diesen Bestimmungen hervor, daß den Berechtigten gegen den Verpflichteten, so lange dieser sich nicht durch cautio, sei sie auch nur promissoria, verbindlich gemacht hat, auch nachdem er die Erbschaft schon angetreten hat, kein Mittel zu Gebote steht, ihn zur reellen Collation anzuhalten, wenn er auf seinen Erbtheil verzichtet. Wenn er es vortheilhafter findet, kann er immer noch diesen aufgeben, und die Collationsgegenstände ausschließlich für sich behalten. Nur kann ihn dieses nicht befreien von den durch die Antretung der Erbschaft einmal begründeten Ansprüchen der Erbschaftsgläubiger; er muß diese pro parte hereditaria nöthigenfalls auch ex propriis befriedigen, wenn er die Erbschaft sine beneficio inventarii erworben hat. Wenn er dagegen diese Rechtswohlthat sich gesichert hat, so kann er jedenfalls ohne Verlust davon kommen; denn die Gläubiger müssen sich dann schlechthin mit demjenigen begnügen, was in der Erbschaft sich vorfand, und darin sind die conferenda nicht mitbegriffen [207]). Doch *verändert* dieser Umstand nicht sein Verhältniß zu den Collationsberechtigten, und wenn er also diesen schon die Collation wirksam *versprochen* hat, so kann er sie ihnen nicht mehr vorenthalten, weil sich hinterher ergibt, daß die Erbschaft zur Bezahlung der Schulden nicht ausreicht, daß er also für das Conferirte nichts zum Ersatz in der Erbschaft findet.

---

204) Vgl. Note 34, 35.
205) L. 1. pr. D. de dot. collat. Cf. L. 8. 16. Cod. h. t.
206) Vgl. Note 25—27, 31—33.
207) Vgl. Note 143.

**Emphyteuse** [1]). Emphyteusis ist ein der Regel nach veräußerliches und vererbliches dingliches Recht auf vollkommene Benutzung eines in fremdem Eigenthum befindlichen Grundstückes, mit der Verbindlichkeit zur Pflege desselben und zur Entrichtung einer gewissen Abgabe an den Eigenthümer. Die historische Ausbildung dieses Institutes des römischen Rechtes [2]) hat, so viel wir mit Sicherheit erkennen können, ihren Ausgang genommen von einem bei städtischem Grundvermögen häufig vorkommenden besonderen Rechtsverhältniß. Stadtgemeinden pflegten ihre zur Cultur geeigneten Grundstücke wohl in ewige Pacht zu geben, dergestalt daß dieselben weder dem ursprünglichen Pachter noch dessen Nachfolgern entzogen werden sollten, so lange die festgesetzte Abgabe, vectigal, gehörig entrichtet würde [3]). Die auf solche Bedingung in Pacht gegebenen Grundstücke wurden in der classischen Jurisprudenz vectigales agri genannt, zum Unterschied von denjenigen, qui ita colendi dantur, ut privatim agros nostros colendos dare solemus, d. i. non vectigales agri. Zum Schutze dieses Verhältnisses aber wurde eine eigene in rem actio eingeführt, wirksam sowohl gegen die Municipes oder die Stadtgemeinde selbst, als gegen dritte Personen [4]), welche Klage jedoch dann auch zum Schutze einer auf bestimmte Zeit beschränkten ähnlichen Ueberlassung eines Grundstücks gestattet wurde [5]). Ein verwandtes Rechtsverhältniß war das der fundi emphyteutici oder emphyteuticarii, ius emphyteuticum, welches, nach dem Namen zu schließen, in griechischen Provinzen seinen Ursprung gehabt haben mag, und anfangs vielleicht vorzüglich in Ansehung neu zu cultivirender Grundstücke eingegangen wurde. Es ist zuerst

1) Vergl. Hug. Donelli, comm. iur. civ. lib. IX. cap. 13—15. Buri, von den Bauergütern (Gießen 1783), Nr. 17, S. 151—254. Glück, Erläuterung der Pandekten, Bd. 8, S. 378—556. Thibaut, System (8. Aufl.), §. 775, Note t. u. — Quellen: Tit. Dig. si ager vectigalis, i. e. emphyteuticarius, petatur. (6. 3.) Cod. de iure emphyteutico. (4. 66.) (Dazu Leonini, praelectiones in Ottonis thes. V. p. 655—666.) Cf. tit. Cod. de fundis patrimonialibus et saltuensibus et emphyteuticis et eorum conductoribus. (11. 61.) Theod. Cod. 5. 13.

2) Vuy, de originibus et natura iuris emphyteutici Romanorum. Heidelb. 1838.

3) L. 1. pr. D. h. t. Agri civitatum ... vectigales vocantur, qui in perpetuum locantur, id est hac lege, ut tamdiu pro his vectigal pendatur, quamdiu neque ipsis, qui conduxerint, neque his, qui in locum eorum successerunt, auferri eos liceat. Nach Hal. quamdiu .... tamdiu, womit übereinstimmt Cai. III. 145. und §. 3. J. de locatione. (3. 24.) Cf. L. 1. Cod. de administrat. rerum publ. (11. 30.) Vgl. Savigny, Recht des Besitzes (6. Ausg.), S. 120, 121. Vuy l. c. p. 58 sq.

4) L. 1. §. 1. L. 2. D. h. t.

5) L. 3. D. h. t. Idem est etsi ad tempus habuerint conductum nec tempus finitum sit. Es ist nicht wahrscheinlich, daß hierbei an denselben Fall gedacht ist, der in L. 1. pr. mit den Worten bezeichnet wird: ita colendi dantur, ut privatim ... dare solemus. War erst bei der locatio in perpetuum ein besonderes Rechtsverhältniß der agri vectigales anerkannt worden, so war leicht der Schritt weiter gemacht, dieses auch mit Beschränkung auf eine bestimmte Zeit (z. B. 100 Jahre nach Hygin. apud. Goes. p. 205. 206) stattfinden zu lassen. Dieß war dann aber keine gewöhnliche Temporalpacht, die außerdem den Städten auch noch möglich blieb.

erwähnt in einer der Interpolation nicht verdächtigen Stelle von Ulpian, aber ohne nähere Andeutung ſeines Weſens[6]). Darnach wird zuerſt wieder in einer Conſtitution von Diocletian und Maximian praedium emphyteuticum genannt und zwar, wie es ſcheint, unterſchieden von vectigale, parallel mit patrimoniale praedium [7]). In den Conſtitutionen der ſpäteren Kaiſer aber erſcheint das ius emphyteuticum vorzüglich gerade in Beziehung auf kaiſerliche Patrimonialgüter als ein ſehr verbreitetes Inſtitut, und häufig findet ſich patrimonialis sive emphyteuticus fundus nebeneinander geſtellt [8]). Aber auch bei ſtädtiſchen Grundſtücken und ſolchen, die zu kirchlichen Zwecken beſtimmt waren, kommt daſſelbe unter demſelben Namen vor [9]), und iſt dann in gleicher Weiſe auch auf Privatbeſitzungen angewendet worden [10]). Eine andere Bezeichnung dafür iſt auch ius perpetuarium, welches, wenn auch früher unterſchieden, wenigſtens zuletzt als gleichbedeutend mit ius emphyteuticum gebraucht wurde [11]); daher denn auch die Inhaber emphyteutiſcher Güter

---

6) L. 3. §. 4. D. de reb. eor. (27. 9.) Si ius *ἐμφυτευτικόν* vel *ἐμβατευτικόν* habeat pupillus, videamus, an distrahi hoc a tutoribus possit? Et magis est non posse, quamvis ius praedii potius sit. Ob hier *ἐμβατευτικόν* (nach dem Cod. Florent.) oder *ἐμβατικόν* (nach den Baſiliken) gleichbedeutend ſei mit *ἐμφυτευτικόν*? Cujacius nimmt es ſo an in: Not. ad Institut. III. 24. §. 3. (opp. ed. Neapol. I. p. 215). Anderwärts aber erklärt derſelbe das erſte für gleichbedeutend mit ius superficiarium. S. comm. in lib. XI. respons. Pap. ad L. 1. D. de pignor., in lib. XXI. Pauli ad Edictum ad L. 74. D. de rei vind., recitat. ad tit. D. si ager vectigalis (opp. ed. Neap. IV. p. 1282, V. p. 305, VII. p. 377). Haloander bezieht *ἐμβατευτικόν* auf die missio in possessionem ex primo decreto. Ganz anders beſtimmt den Unterſchied Birnbaum, die rechtliche Natur der Zehnten, S. 64, 65, Note 24.

7) L. 13. Cod. de praediis et al. reb. min. (5. 71.) Vectigale vel patrimoniale sive emphyteuticum praedium. Nach Birnbaum, a. a. O. Note 35, ſollen freilich die Worte patrimoniale sive emphyteuticum nur eine nähere Bezeichnung zwei verſchiedener Unterarten des vectigale praedium enthalten. Aber die Meinung dieſes Schriftſtellers, wornach der von Kirchen oder Städten zur Nutzung an Andere ausgegebene, jenen ſelbſt aber urſprünglich vom Staate eingeräumte Boden der eigentliche ager emphyteuticus im Gegenſatze der fundi patrimoniales geweſen ſein ſoll, widerlegt ſich durch die in Note 8—10 allegirten Stellen.

8) L. 15. 17. 19. 20. 21. 33. 39. Theod. Cod. l. c. L. 1. 5. 7. 12. Iust. Cod. de fundis patrimon. L. 4. Theod. Cod. de collat. fund. patrimon. (11. 19.)

9) L. 2. Cod. ne rei domin. (7. 38.) Emphyteuticariis dominici iuris, reipublicae, vel iuris sacrorum templorum. Cf. L. 7. Cod. de fund. patrimon. L. 33. 35. Theod. Cod. eodem. L. 5. Theod. Cod. de locatione fundorum iuris emphyteutici et reipublicae et templorum. (10. 3.) L. 2. 3. Isut. Cod. de locat. praediorum civil. (11. 70.) Tit. Cod. de iure reipublicae. (11. 29.) etc.

10) Dieß geht hervor aus L. 1. Cod. de iure emphyteut. und §. 3. J. de locat. Vgl. Savigny a. a. O. S. 122.

11) L. 1. Cod. de off. comm. sacri palat. (1. 34.) Totius iuris perpetuarii, hoc est emphyteuticarii, exactio. Der Zuſatz h. e. emphyteut. findet ſich in L. 1. Theod. Cod. eodem (1. 11.) noch nicht.

perpetuarii possessores hießen [12]). Wenn gleich nun dieſes emphyteutiſche Recht urſprünglich von dem Rechte an dem ager vectigalis municipum unterſchieden worden ſein mag, ſo iſt es doch in ſeiner weiteren Ausbildung und feſteren Geſtaltung, die nur allmälig durch die Praxis und kaiſerliche Conſtitutionen ſich vollendete, und auf welche beſonders eine Conſtitution von Zeno und zwei Conſtitutionen von Juſtinian bedeutend einwirkten [13]), mit jenem gänzlich verſchmolzen worden; und dieſe Gleichſtellung gibt ſich im Juſtinianiſchen Rechte unzweideutig dadurch zu erkennen, daß zweimal ager vectigalis durch den Zuſatz, id est emphyteuticus oder emphyteuticarius erklärt wird [14]). Demnach iſt dann, was im Juſtinianiſchen Rechte über das Recht an Vectigalgrundſtücken geſagt wird, auch auf das emphyteutiſche Recht zu beziehen und umgekehrt.

Dieſes Recht nun, ſo umfaſſende Befugniſſe daſſelbe gewährt, iſt doch nur als ein das Eigenthum beſchränkendes Recht, ius in re aliena, anzuſehen. Es wird bezeichnet als ius praedii [15]), ius in fundo vectigali, ausdrücklich im Gegenſatze des Eigenthums [16]). Der Erwerber deſſelben (emphyteuta, emphyteuticarius), heißt es, werde nicht Eigenthümer des Grundſtückes [17]); vielmehr wird ihm der rei dominus entgegengeſetzt [18]); und ſo wird auch dominium vel emphyteusis vel conductio unterſchieden [19]). Zwar ſcheint in mehreren Stellen des Juſtinianiſchen wie des Theodoſiſchen Codex das Verhältniß emphyteutiſcher Inhaber von kaiſerlichen Patrimonialgrundſtücken geradezu als dominium bezeichnet zu werden [20]); und dieſes hat Veranlaſſung zu der Meinung gegeben oder dieſelbe unterſtützen ſollen, daß dem Emphyteuta wahres, nur unter gewiſſen Bedingungen widerrufliches, Eigenthum, gleich dem Eigenthum an Provinzialgrundſtücken nach vorjuſtinianiſchem Rechte, beizulegen ſei [21]). Allein wenn auch jenes der Fall wäre, ſo konnte dieß

---

12) L. 33. Th. Cod. h. t. Ius emphyteuticum, quo iuris patrimonialis vel rei publicae praedia possessoribus sunt adiudicata perpetuariis. Cf. L. 14. §. 1. Th. Cod. de tiron. (7. 13.)

13) L. 1. 2. 3. Cod. de iure emphyteut.

14) Einmal in der rubr. tit. D. cit. (Note 1); dann mittelſt einer unzweifelhaften Interpolation in L. 15. §. 1. D. qui satisdare cog. (2. 8.) Qui vectigalem, i. e. emphyteuticum agrum possidet. In den neueren Conſtitutionen nach Diocletian (Note 7) kommt der Ausdruck vectigale praedium, ager vectigalis nicht mehr vor.

15) Vgl. Note 5.

16) L. 71. §. 5. 6. D. de legat. I. Si fundus municipum vectigalis ipsis municipibus sit legatus... quamvis fundus vectigalis municipum sit, attamen quia aliquod ius in eo is, qui legavit, habet, valere legatum. Sed etsi... alii fundum legaverit, non videri proprietatem rei legatam, sed id ius quod in vectigalibus fundis habemus.

17) L. 1. §. 1. D. h. t. Quamvis non efficiantur domini. Vgl. L. 71. §. 5. cit. L. 10. D. fam. ercisc. (10. 2.) Item praedia quae nostri patrimonii sunt (cf. L. 8. §. 1. ibid.); sed et vectigalia vel superficiaria.

18) §. 3. J. cit. L. 1—3. Cod. h. t.

19) L. 8. Cod. de fund. patrimon.

20) L. 18. Th. Cod. 5. 13. L. 4. Th. Cod. 5. 14. L. 2. Iust. Cod. de fund. rei priv. (11. 65.) L. 4. 12. Cod. de fund. patrimon.

21) Savigny, Recht des Beſitzes (2. Ausg.), S. 99 flg.

doch für die Bestimmung der im Justinianischen Rechte geltenden Ansicht nicht in Betracht kommen, weil alle jene Constitutionen älter sind, als die erwähnte von Kaiser Zeno, und sich daher der Ausdruck derselben wohl erklären ließe mit Rücksicht auf die erst durch diese Constitution beseitigte Streitfrage, ob die Einräumung der Emphyteuse als alienatio des Grundstückes oder nur als locatio conductio anzusehen sei, nun aber die in den neueren Constitutionen ausgesprochene Ansicht über das Wesen des Rechtsverhältnisses entscheiden müßte [22]). Indessen sind die angezogenen Stellen des Justinianischen Codex auch befriedigend dadurch erklärt worden, daß den emphyteutischen Besitzern von Patrimonialgütern oft wahres Eigenthum, obwohl unter Vorbehalt einer Abgabe an den kaiserlichen Schatz, ertheilt oder von ihnen hinzuerworben wurde [23]). Daß auch die Idee eines sogenannten dominium utile, welches man seit den Glossatoren unter anderen auch dem Emphyteuta beizulegen pflegte, so wenig in den Quellen begründet, als an sich beifallswürdig sei, bedarf keines Beweises mehr [24]). In der That ist die Emphyteusis ein ius in re aliena, welches, da es wie die Servituten und die Superficies dem Eigenthümer in Ansehung der Nutzung der Sache eine Beschränkung auflegt, mit diesen Rechten unter den allgemeinen Begriff dinglicher Nutzungsrechte (im Gegensatze des Pfandrechtes) gestellt werden kann [25]), welches auch, wie in einer Stelle die Superficies wirklich genannt ist [26]), füglich servitus hätte genannt werden können und vielleicht genannt worden wäre, wenn nicht dieser Ausdruck bereits als regelmäßige ausschließliche Bezeichnung für eine im alten Civilrecht schon ausgebildete Classe von Rechten hergebracht gewesen wäre, von denen sich die Emphyteusis, wie die Superficies, historisch durch die spätere, vielleicht ursprünglich prätorische [27]),

---

22) Vgl. unten Note 102—104.

23) L. 4. 12. Cod. cit. Daher licentia eis concedenda etiam libertates mancipiis ex fundis patrimonialibus atque emphyteuticariis, cum fundorum sint domini, praestare. Dagegen L. 2. Cod. de mancip. et colon. (11. 62.) Libertates, quas mancipiis ex fundis patrimonialibus et emphyteuticis, qui fundorum non sunt domini, praestiterint.... rescindant. Vgl. Thibaut, civ. Abhandl. Nr. 11, S. 269—281, welchem dann auch Savigny beistimmte (6. Ausg., S. 124, Note 3). S. auch Donell. l. c. cap. 14. §. 26. 27. Buri, S. 166—168.

24) Thibaut, Versuche, Bd. 2, Nr. 3, vergl. dessen Abh. a. a. O. — Doch hat Glück, S. 386 flg., noch das dominum utile des Emphyteuta in Schutz genommen. Vgl. auch Du Roi im Arch. für civ. Praxis, Bd. 6, S. 386 flg.

25) Puchta, Lehrb. §. 118. Blume, Grundriß des Pandektenrechtes, §. 167.

26) L. 86. §. 4. D. de legat. I.

27) Puchta, Lehrb. §. 170. Arg. L. 66. pr. D. de eviction. (21. 2.) Actione, quae de fundo vectigali proposita est. Vgl. Cai. IV. 46. 47. Dieser Ausdruck beweist wenigstens, daß die vectigalis actio im Edicte ausdrücklich genannt war, und da sie nun gewiß nicht durch ein Gesetz eingeführt ist (L. 1. §. 1. D. h. t.), so müßte man, um den prätorischen Ursprung leugnen zu können, annehmen, sie sei zuvor durch das ius civile im engsten Sinne vollkommen ausgebildet und dann erst in das Edict aufgenommen, was höchst unwahrscheinlich ist. S. auch unten Note 124. Vgl. aber Büchel, über Verpfändung der iura in re aliena, S. 50, Note 2.

Entſtehung, materiell durch ihren umfaſſenden Inhalt und dadurch unterſcheidet, daß ſie ſelbſtſtändig vererblich und veräußerlich iſt, während die Servituten an eine beſtimmte Perſon des Berechtigten oder an ein beſtimmtes Grundſtück als gewiſſermaßen berechtigtes Subject weſentlich gebunden ſind. Denn übrigens, wenn man nur auf den materiellen Inhalt der dem Berechtigten zuſtehenden Befugniſſe ſieht, iſt das Recht des Emphyteuta dem Uſusfructus weit näher verwandt, als dieſer den Prädialſervituten. In der neueſten Zeit zwar iſt noch wieder ein Verſuch gemacht worden, den charakteriſtiſchen Unterſchied der Emphyteuſe von den Servituten überhaupt und dem Uſusfructus insbeſondere dahin zu beſtimmen, daß jene das Recht ſei, fremdes Eigenthum am Grund und Boden unabhängig vom Eigenthümer und, ſo weit dieß mit fremdem Eigenthum beſtehen könne, vollſtändig auszuüben, die Servitut aber als ein aus dem Eigenthum ausgeſchiedener, einem Anderen als ſelbſtſtändiges eigenes Recht eingeräumter Beſtandtheil des Eigenthums ſich darſtelle. Aber wir nehmen nicht Anſtand, dieſen Verſuch für gänzlich mißlungen zu erklären [28]).

Was den Gegenſtand der Emphyteuſe betrifft, ſo ſtreitet man darüber, ob dieſer ein fruchttragendes, für den Land- oder Gartenbau beſtimmtes, Grundſtück ſein müſſe, oder auch ein Gebäude (praedium urbanum) als ſolches ſein könne, obwohl Jeder zugibt, daß ſowohl die Etymologie des Wortes Emphyteuſis als der Ausdruck ager vectigalis auf wirthſchaftliche Grundſtücke als urſprünglichen Gegenſtand dieſes Rechts-

28) Büchel a. a. O. S. 22—55. Der Verfaſſer ſagt S. 44, der Emphyteuta unterſcheide ſich von dem Servitutberechtigten, namentlich dem Uſufructuar insbeſondere dadurch, daß letzterer nicht ein fremdes, ſondern vielmehr ſein eigenes Recht zur Ausübung bringt, obgleich das Recht eine fremde Sache vorausſetzt, während der Emphyteuta nirgends ein eigenes, ſondern immer nur ein fremdes Recht ausübt. Ein ſonderbares Recht wahrlich, wenn der, dem es zuſteht, nirgends daſſelbe ausüben kann, ſtatt deſſen aber ein fremdes Recht ausübt! Der Verf. verwahrt ſich auch noch, daß man ja nicht die Ausübung des fremden Eigenthums als das Object jenes Rechtes anſehe: denn die Ausübung iſt nur die formale Seite des Eigenthums; ... vielmehr iſt der unmittelbare Gegenſtand des Rechtes immer das fremde Eigenthum (S. 45), nach S. 51 aber das fremde Grundſtück, weßhalb auch da, wo die Rechtsobjecte aufgeführt werden, die Emphyteuſe nicht unter die iura im Sinne der Servituten geſtellt werden kann, ſondern es muß der ager ſelbſt genannt werden. Gerade umgekehrt ſagt Ulpian, unter praedium emphyteuticum ſei potius ius praedii zu verſtehen (Note 5), und durch das Vermächtniß des fundus vectigalis ſei eigentlich nur id ius, quod in praediis vectigalibus habemus, vermacht (Note 16). Auf der anderen Seite wird auch, wie das Grundſtück, an dem man das emphyteutiſche Recht hat, mit Beziehung darauf fundus vectigalis oder emphyteuticus heißt, eben ſo dasjenige, an dem man den Uſusfructus hat, fructuarius fundus genannt, L. 1. D. si ususfr. pet. (7. 6.); desgleichen der Servus als Gegenſtand des Uſusfructus oder Uſus servus fructuarius oder usuarius. L. 2. D. de peculio. (15. 1.) L. 55. D. de pactis. (2. 14.) L. 45. §. 3. D. de acquir. hered. (29. 2.) u. a. Brisson. v. fructuarius. — Auch was Kierulf, Theorie des Civilrechtes, Bd. 1, S. 360, über den charakteriſtiſchen Unterſchied der Servituten von der Superficies und Emphyteuſis vorläufig andeutet, läßt wenig Befriedigung von der verſprochenen tief eingehenden Erörterung dieſer Rechte erwarten.

verhältniſſes hinweiſe. Die Anhänger der erſten Meinung verkennen nicht, daß das emphyteutiſche Recht ſich auch auf Gebäude erſtrecken könne, ſofern dieſelben zu fruchttragenden Grundſtücken gehören, wie z. B. die Gebäude eines Landgutes [29]). Daher ſteht ihnen nicht durchaus entgegen L. 15. §. 26. 27. D. de damno infecto, wenn man auch die Florentiniſche Leſeart: de vectigalibus aedibus unangefochten läßt. Schwieriger iſt es, jene Meinung zu behaupten gegen Nov. 7. cap. 3. und Nov. 120. cap. 1. §. 2, wo offenbar auch praedia urbana oder Häuſer, und zwar als Hauptſache und ohne Rückſicht auf etwa damit in Verbindung ſtehende fruchttragende Grundſtücke als mögliche Gegenſtände der Emphyteuſe genannt werden [30]); denn es iſt gewiß eine unzuläſſige Ausrede, daß man ſich auf den Sprachgebrauch der Novellen nicht verlaſſen könne und hier nur uneigentlich Emphyteuſe genannt worden ſei, was Superficies genannt werden ſollte [31]). Auch wird man zugeben, daß der Emphyteuta ein emphyteutiſches Grundſtück, z. B. einen Garten- oder Wieſenplatz, nach Umſtänden wohl zum Bauen verwenden kann, ohne daß dadurch in ſeinem Rechtsverhältniſſe eine Aenderung bewirkt würde [32]). Wenn nun auf ſolche Weiſe ein Gebäude einziger Gegenſtand der Emphyteuſe werden kann, ſo iſt nicht abzuſehen, warum nicht auch ein ſchon beſtehendes Gebäude zu gleichem Rechte ſollte hingegeben werden können. Man hat freilich eingewendet, nach dieſer Anſicht ſei kein charakteriſtiſcher Unterſchied der Emphyteuſe von der Superficies mehr vorhanden. Aber es gelten doch bei der Emphyteuſe manche eigenthümliche Beſtimmungen, die bei der Superficies nicht eben ſo vorkommen. Nur dieſes aber iſt das praktiſche Intereſſe unſerer Frage, ob auch an praediis urbanis ein Recht mit allen Eigenthümlichkeiten der Emphyteuſe eingeräumt werden könne. Gibt man dieſes zu, behauptet aber, daß dann das Recht immer Superficies ſei und heißen müſſe [33]), ſo löſet ſich die Controverſe in unnützem Namenſtreit auf.

Es ſollen nun zunächſt die Rechte und Verbindlichkeiten des Emphyteuta beſtimmt, dann die Entſtehungs- und Endigungsgründe dieſes Rechtsverhältniſſes angegeben werden.

Der Emphyteuta hat das Recht zu vollſtändigſter Benutzung des emphyteutiſchen Grundſtückes. Er kann daraus allen Vortheil ziehen,

---

29) Donell. l. c. cap. 13. §. 11. Puchta, Lehrb. §. 170, 171, Noter. Göſchen, Vorleſ. Bd. 2, S. 293.

30) Buchholtz, juriſt. Abh. S. 306—309. Vgl. auch L. 1. Cod. de indiction. (10. 17.) oder L. 2. Th. Cod. eod. (11. 5.) Domus vel sacri patrimonii vel emphyteutici iuris vel hominum privatorum.

31) So Göſchen a. a. O. S. 294.

32) Unterholzner, Schuldverhältniſſe, Bd. 2, S. 362.

33) Ob dieß die Meinung war, wenn man von der Möglichkeit einer Begründung der Superficies durch den Zeno'ſchen contractus emphyteuticarius geſprochen hat? Büchel a. a. O. S. 61—63. Aber warum ſoll nicht auch die Wirkung, die man dem emphyteutiſchen Contract beilegt, hier erzielt werden können, daß der Berechtigte Beſitzer von Grund und Boden und als ſolcher auch vom Gebäude werde? (S. 58, vgl. mit S. 63.) Freilich könnte das Recht dann nicht mehr paſſend ius superficiarium heißen.

welchen dieſelbe nur immer dem Eigenthümer ſelbſt mittelbar oder unmittelbar gewähren könnte. Die natürlichen Früchte insbeſondere erwirbt er zu Eigenthum ſofort durch die Trennung derſelben von der Hauptſache [34]). Ob er auch Anſpruch auf den in dem Grundſtücke gefundenen Schatz habe, ſofern er nicht ſelbſt Finder iſt, darüber hat man lange geſtritten. Wird aber anerkannt, daß der Emphyteuta kein Eigenthum am Grundſtücke habe, ſo fehlt es gänzlich an einem nur ſcheinbaren Grunde für die bejahende Behauptung, da das Geſetz beſtimmt und deutlich nur dem Eigenthümer des Bodens den Anſpruch auf einen Theil des von einem Anderen in demſelben gefundenen Schatzes ertheilt [35]). In Betreff der Art und Weiſe der Benutzung hat der Emphyteuta freie Diſpoſition, auch wenn ſie durch eine Veränderung in der Subſtanz der Sache bedingt iſt. Er iſt darin weniger beſchränkt wie der Uſufructuar. Er darf z. B. unbedenklich eine andere Culturart bei Ländereien einführen; er darf den Grund und Boden zu Gebäudeanlagen benutzen und umgekehrt. Die einzige Schranke für die Dispoſitionen, welche die Subſtanz der Sache berühren, iſt ihm durch die Rückſicht gezogen, daß er den Gegenſtand der Emphyteuſe nicht überhaupt verſchlechtern und den objectiven Werth deſſelben nicht verringern darf [36]).

Auch über das Recht ſelbſt kann der Emphyteuta verfügen. Er kann daſſelbe, wie der Eigenthümer das Eigenthum, auf einen Anderen übertragen, ſei es durch ein Veräußerungsgeſchäft unter Lebenden [37]), ſei es durch Vermächtniß [38]). Von ſelbſt geht es auf die Erben deſſelben über, als ein zu deſſen universum ius gehöriges Vermögensobject [39]), weßhalb es auch in dem iudicium familiae erciscundae mitbegriffen wird [40]). Bei Emphyteuſen von Kirchen und milden Stiftungen hatte zwar Juſtinian verordnet, daß nur Vererbung auf Deſcendenten des erſten und zweiten Grades und nach ausdrücklicher Verabredung auch der Uebergang auf den Ehegatten ſtattfinden ſolle, wornach denn auch die Veräußerung an andere Perſonen, wenigſtens über die Lebenszeit der urſprünglich Berechtigten hinaus, nicht zuläſſig ſein konnte [41]); er hat aber dieſe Beſchränkung ſelbſt wieder aufgehoben [42]). Kann der Emphyteuta

---

34) L. 25. §. 1. D. de usuris. (22. 1.)

35) §. 39. J. de div. rer. (2. 1.) L. un. Cod. de thesaur. (10. 15.) Cf. L. 7. §. 12. D. soluto matr. (24. 3.)

36) Nov. 7. cap. 3. §. 2. Nov. 120. cap. 6.

37) §. 3. J. de locat. Cuive conductor heresve eius id praedium vendiderit aut donaverit aut dotis nomine dederit aliove quo modo alienaverit. So paraphraſiren die Inſtitutionen das neque his qui in locum eorum successerunt der L. 1. pr. D. h. t. — L. 1. Cod. de fund. patrimon.

38) L. 71. §. 5. 6. D. de legat. I. (not. 16.) Cf. L. 39. §. 5. D. ibidem.

39) L. 1. pr. D. h. t. §. 3. J. cit.

40) L. 10. D. fam. ercisc. (10. 2.)

41) Nov. 7. cap. 3.

42) Nov. 120. cap. 6. §. 1, ausgenommen für die von der Hauptkirche zu Conſtantinopel dependirenden Emphyteuſen Nov. cit. cap. 1. 5. — Für alle kirchliche Emphyteuſen wird die Fortdauer der Beſchränkung noch behauptet von Unterholzner a. a. O. S. 362, Note c, S. 366. Aber er beachtet nicht

ſein Recht veräußern, ſo iſt ihm auch Verpfändung deſſelben möglich, die nur eine eventuelle Veräußerung iſt [43]). Conſequent iſt es ferner, daß er das Recht, das er ganz veräußern darf, auch durch Einräumung anderer dinglicher Rechte blos beſchränken könne. Er kann Servituten an der Sache beſtellen. Dieſe werden freilich als non iure constitutae bezeichnet, die nur tuitione praetoria beſtehen; denn eine vollkommene civilrechtliche Servitut kann nur der wahre Eigenthümer, nach älterem römiſchen Rechte nur der quiritiſche Eigenthümer, beſtellen; aber ſie können doch als dingliche Rechte durch utilis confessoria actio geltend gemacht werden [44]). Nach der Natur der Sache können indeſſen ſolche vom Emphyteuta eingeräumte dingliche Rechte an der Sache nur als Beſchränkungen ſeines eigenen dinglichen Rechtes, daher nur ſo weit als dieſes ſich erſtreckt, beſtehen. Durch Erlöſchung der Emphyteuſe müſſen ſie ebenfalls erlöſchen, wie in Beziehung auf das Pfandrecht ausdrücklich bemerkt wird [45]). Nur für den Fall, daß der Eigenthümer als Succeſſor des Emphyteuta das emphyteutiſche Recht wieder an ſich zieht und ſo dann durch Conſolidation die Emphyteuſe ſich endigt, muß ein Anderes behauptet werden. Als Succeſſor konnte jener das emphyteutiſche Recht nur mit den darauf haftenden Beſchränkungen erwerben, nach dem bekannten Grundſatze: nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet. Es müſſen alſo hier die vom Emphyteuta giltig eingeräumten Rechte einſtweilen noch beſtehen bleiben, ſo lange nicht ein anderer Grund eintritt, durch welchen auch ohne jene Succeſſion des Eigenthümers in das Recht des Emphyteuta die Emphyteuſe geendigt ſein würde, und es wird ſo lange namentlich das Pfandrecht noch in der Art ausgeübt werden können, daß die Emphyteuſe, ſowie ſie dem Verpfänder zuſtand, als wiederum zu conſtituirendes Recht zum Verkaufe gebracht wird.

Weil übrigens das Recht ſelbſt veräußerlich iſt, ſo kann auch ohne oder gegen den Willen des Berechtigten eine Uebertragung deſſelben auf einen Anderen ſtatthaben in denjenigen Fällen, in welchen dieſe bei anderen veräußerlichen Vermögensobjecten eintritt. So z. B. kann die Em-

---

das Gewicht der Worte in cap. 6. §. 1. cit.: Licentiam damus .. non solum ad tempus emphyteusin facere ... sed et perpetuo etc., vergl. mit cap. 1. pr. ibid. und Nov. 7. l. c.

43) L. 16. §. 2. D. de pignerat. act. (13. 7.) Etiam vectigale praedium pignori dari potest. Cf. L. 13. §. 3. D. de pignor. (20. 1.) Sehr unnützer Streit iſt darüber geführt worden, ob hier das ius emphyteuticum oder der fundus emphyteuticus Gegenſtand der Verpfändung ſei. Kann doch, wer das Letzte vertheidigt, ſelbſt nicht umhin einzuräumen, durch die Verpfändung des fundus als fundus vectigalis ſei hinreichend ausgeſprochen, daß nur id ius quod in vectigalibus fundis habemus verpfändet ſei (Büchel a. a. O. S. 124), ſo wie fructuarius servus pignori datus nichts anders bezeichnen würde als ususfructus, quem in servo habemus, pignori datus.

44) L. 1. pr. D. quib. mod. ususfr. amitt. (7. 4.) Cf. L. 1. §. 9. D. de superficieb. (43. 18.)

45) L. 31. D. de pignor. (20. 1.) Hier entſcheidet derſelbe Geſichtspunkt, der in L. 8. pr. D. quib. mod. pign. solv. (20. 6.) Sicut re corporali extincta, ita et usufructu extincto pignus hypothecave perit.

phyteuſe auch als Executionsobject in Anſpruch genommen und im Concurſe der Gläubiger zum Verkauf gebracht werden, wie auch geſetzliche Pfandrechte ſich auf ſie erſtrecken. So auch kann dem Emphyteuta wegen nicht geleiſteter cautio de damno infecto durch secundum decretum ſein Recht entzogen und dem bedrohten Nachbar zugewendet werden [46]). Eben ſo kann auch in Folge des iudicium familiae erciscundae oder communi dividundo, wenn Mehreren gemeinſchaftlich die Emphyteuſe zuſteht, eine unfreiwillige Entäußerung für den Einen oder Anderen eintreten; und zwar wird hier aus Rückſicht auf die dem Rechte entſprechenden Verbindlichkeiten eine reelle Theilung des emphyteutiſchen Grundſtückes (regionibus divisis) ohne Zuſtimmung des Eigenthümers für unſtatthaft erklärt; es kann nur das Ganze ungetheilt Einem adjudicirt werden, wenn nicht die Veräußerung an einen dritten Meiſtbietenden vorgezogen wird [47]).

Zum Schutz ſeines Rechtes an der Sache hat der Emphyteuta eine in rem actio [48]), analog der rei vindicatio, utilis rei petitio, auch vectigalis actio genannt [49]); nicht nur gegen dritte Beſitzer der Sache, ſondern auch gegen den Eigenthümer ſelbſt, gegen welchen freilich auch perſönliche Klagen aus dem Entſtehungsgrunde der Emphyteuſe ſtattfinden können [50]). So wie ihm aber wegen Verletzungen, die dem Eigenthümer zur Anſtellung der rei vindicatio Anlaß geben, eine utilis rei petitio zuſteht, ſo muß ihm auch gegen partiale Verletzungen utilis negatoria actio zugeſtanden werden, und nicht minder zur Geltendmachung der dem emphyteutiſchen Grundſtücke zuſtehenden Servituten, die utiliter auch der Emphyteuta erwerben kann, utilis confessoria actio oder servitutis petitio [51]), und auch dieſe Klagen nicht blos gegen Dritte, an der Stelle des Eigenthümers, ſondern auch gegen dieſen ſelbſt; denn die Servitut iſt nur eine rechtliche Qualität des Grundſtückes, eine künſtliche Erweiterung des Eigenthumsrechtes an demſelben, deſſen ungehinderte vollſtändige Benutzung dem Emphyteuta durch dingliche Klage ſelbſtſtändig geſchützt ſein ſoll [52]). Iſt auch der Eigenthümer des emphyteutiſchen Grund-

---

46) L. 15. §. 26. D. de damno infecto. (39. 2.) Der Bedrohte braucht ſich übrigens dabei nicht zu beruhigen, ſondern kann auch den Eigenthümer zur cautio damni infecti auffordern, und wenn dieſer dem Verlangen nicht entſpricht, gegen ihn ſelbſt das Eigenthum der Sache erlangen. L. 15. §. 27. l. c.

47) L. 7. pr. D. communi div. (10. 3.) Cf. L. 10. D. fam. ercisc. (10. 2.) — L. 4. §. 9. D. fin. reg. (10. 1.) Unrichtig iſt es, wie Thibaut, Syſtem §. 777 a. E., zu ſagen, die actio communi dividundo könne unter Mehreren, denen ungetheilt eine Emphyteuſe zugefallen, nicht angeſtellt werden. L. 7. pr. ſpricht gerade das Gegentheil aus; nur eine reelle Theilung ſoll nicht dadurch erzielt werden.

48) L. 1. §. 1. D. h. t.

49) L. 15. §. 26. cit. Cf. L. 66. pr. D. de eviction. (21. 2.)

50) L. 1. §. 1. L. 2. D. h. t. Vgl. unten Note 102 flg.

51) L. 16. D. de servitut. (8. 1.)

52) L. 86. D. de V. S. L. 5. §. 9. D. de op. novi nunc. (39. 1.) — L. 16. cit. ſagt: petitionem servitutis dari sicut ipsius fundi utilis petitio dabitur. Die letzte aber findet ſowohl gegen den Eigenthümer des emphyteutiſchen Grundſtückes, wie gegen jeden Dritten, ſtatt.

ſtückes zugleich Eigenthümer desjenigen geworden, gegen welches jenem eine Servitut zuſteht, oder umgekehrt, ſo kann man doch nicht ſagen, daß dieſe, ſo weit ſie dem Emphyteuta zu ſtatten kommt, durch confusio erloſchen ſei; ſie beſteht nun als Erweiterung des emphyteutiſchen Rechtes noch fort, obwohl ſie in Beziehung auf den Eigenthümer als ius in re aliena nicht mehr exiſtirt, wie ja unzweifelhaft der Eigenthümer auch dem Emphyteuta eine Servitut an einem anderen Grundſtücke erſt einräumen kann. Auch die publiciana actio findet analoge Anwendung auf die Emphyteuſe, in ähnlicher Weiſe wie auf den Uſusfructus, falls nämlich Jemand bona fide in den Beſitz des emphyteutiſchen Rechtes gekommen iſt durch Einräumung von Seiten eines Solchen, deſſen Befugniß dazu nachzuweiſen er nicht im Stande iſt[53]).

Inſofern der Emphyteuta ſchon in Beſitz gekommen, genießt er ferner auch des Schutzes durch die poſſeſſoriſchen Rechtsmittel, interdicta retinendae und recuperandae possessionis. Obwohl dieſes nicht ausdrücklich in den Quellen ausgeſprochen iſt, kann es doch mit Sicherheit behauptet werden. In der factiſchen Ausübung des emphyteutiſchen Rechtes iſt nämlich jedenfalls eine iuris quasi possessio enthalten, und es wäre abſurd, dem Beſitze dieſes ſo umfaſſenden Rechtes nicht wenigſtens in demſelben Maße Schutz angedeihen zu laſſen, wie er der usus fructus quasi possessio gewährt iſt[54]).

Nach der herrſchenden Meinung wird aber dem Emphyteuta nicht blos iuris quasi possessio, ſondern juriſtiſcher Beſitz der Sache ſelbſt, die den Gegenſtand der Emphyteuſe bildet, d. i. corporis possessio, beigelegt[55]). Dann verſteht ſich nicht nur von ſelbſt, daß er die poſſeſſoriſchen Interdicte habe, ſondern er hat ſie dann, wie der Pfandgläubiger, allein, mit Ausſchließung des Eigenthümers. Man muß dann aber auch in Anſehung der Uſucapion daſſelbe gelten laſſen, was beim Fauſtpfand anerkannt iſt, nämlich: ad usucapionem eum, qui in emphyteusin dedit, possidere, ad reliquas omnes causas emphyteutam[56]); da-

---

53) L. 12. §. 2. D. de Publ. act. (6. 2.) Cf. L. 11. §. 1. ibid.

54) L. 3. §. 13—17. L. 9. §. 1. D. de vi. (43. 16.) L. 4. D. uti possid. (43. 17.)

55) Savigny, Recht des Beſitzes (6. Ausg.), S. 124, 222, 319, 320, 336, 608. Man hat ſogar Savigny angefochten, weil er hier keinen wahren animus domini und nur einen abgeleiteten Beſitz anerkennen will. Schröter, in der Zeitſchr. für Civilrecht und Prozeß, Bd. 2, S. 237 flg. Vgl. dagegen Savigny, S. 145 flg. Ja man hat ſich nicht geſcheut zu behaupten, von einer iuris quasi possessio des Emphyteuta könne ſchon nach der Natur ſeines Rechtes gar nicht die Rede ſein (Büchel a. a. O. S. 46); während doch nur darüber die Frage ſein kann, ob nicht der Emphyteuta ſogar corporis possessio habe. Savigny, S. 608. Vgl. auch Kierulf, Theorie des Civilrechtes, Bd. 1, S. 363, Anm. — Dagegen räumt Thibaut dem Emphyteuta nicht corporis possessio ein; Syſtem §. 208. Vgl. auch Du Roi, im Archiv, Bd. 6, S. 395. Bartels, in der Zeitſchr. für Civilrecht und Prozeß, Bd. 6, S. 201.

56) L. 16. D. de usucap. (41. 3.) L. 1. §. 15. D. de poss. (41. 2.) Unterholzner, Verjährungslehre, Bd. 2, S. 249. Wangerow, Pand. Bd. 1, S. 280.

mit nicht, zum Schaden auch des Emphyteuta, die angefangene Uſucapion durch die Uebergabe an dieſen unterbrochen werde. Indeſſen ſind die Gründe, welche man für die ausſchließende corporis possessio des Erbpachters anführt, nicht überzeugend. Am wenigſten kann man ſich auf L. 15. §. 1. D. qui satisdare cog. berufen. Die possessores rerum immobilium, welche von der Satisdatio befreit ſein ſollen, ſind gar nicht die juriſtiſchen Beſitzer von Grundſtücken als ſolche, ſondern die Eigenthümer[57]). Wie nun in L. 15. §. 1. cit. unter demjenigen, qui rem soli possidet, der wirkliche Eigenthümer des Grundſtückes verſtanden wird, ſo iſt unter dem, qui fundum vectigalem i. e. emphyteuticum possidet, nur ein wirklicher Emphyteuta zu verſtehen, d. i. derjenige, welcher ein Grundſtück als emphyteutiſches oder, was daſſelbe iſt, das emphyteutiſche Recht an einem Grundſtücke, eine Beſitzung zu emphyteutiſchem Rechte, wirklich ein Vermögen hat; und wenn von dieſem geſagt wird: possessor intelligitur, ſo heißt dieß nichts anderes als: er wird rückſichtlich der Satisdatio dem Eigenthümer einer unbeweglichen Sache gleichgeachtet, weil die Natur dieſes Rechtsverhältniſſes in der That faſt eben ſo gute dauernde Sicherheit darbietet, wie das Eigenthum[58]). Auf den wirklichen Beſitz kommt es dabei gar nicht einmal an, wenn das Recht gewiß iſt; und der in dotem gegebene fundus dotalis wird ſogar zugleich für den Mann und die Frau als possessio in dieſem Sinne gelten[59]). Auch L. 25. §. 1. D. de usuris iſt nicht beweiſend. Sollte es ſich auch ſtrenge erweiſen laſſen, daß der bonae fidei possessor nur deßhalb, weil er ſich im juriſtiſchen Beſitz der Hauptſache befindet, an den ſeparirten Früchten ſofort ebenfalls bonae fidei possessio, kein Eigenthum, erwerbe[60]), ſo müſſen wir es doch entſchieden für ungegründet halten, daß der Fruchterwerb des Emphyteuta nur aus dem Geſichtspunkte einer Tradition von Seiten des Eigenthümers abzuleiten ſei, und können daher auch den Rückſchluß von dieſem Eigenthumserwerb auf den juriſtiſchen Beſitz der Sache nicht gelten laſſen. L. 25. §. 1. cit. ſagt unbedingt: eius qui vectigalem fundum habet (d. h. wer das Recht der Emphyteuſe hat) fructus fiunt, simul atque solo separati sunt. Es iſt willkürlich, dabei vorauszuſetzen, daß er ſich im Beſitze befinde. Auch wenn z. B. ein Anderer mala fide im Beſitze iſt, erwirbt der Emphyteuta das Eigenthum der Früchte ſofort durch deren Trennung, und

---

57) Savigny a. a. O. S. 106, 107.

58) Dieß Letzte erkennt auch Kierulf, a. a. O. S. 361, ausdrücklich an; aber er hält das vorhergehende agrum possidet für entſcheidend; dieß aber unterſtützt die gewöhnliche Meinung eben ſo wenig, wie jenes.

59) L. 15. §. 3. D. qui satisd. cog. Cf. §. 4. ibid. Diversa causa est eius, qui fundi petitionem personalem habet. Savigny, S. 192, Note 3.

60) Savigny a. a. O. §. 22a, beſonders S. 316, Note 1. Einſtweilen müſſen wir uns noch zu der Anſicht bekennen, nach welcher der bonae fidei possessor an den ſeparirten Früchten ſofort wahres Eigenthum erwirbt, und zwar auch dann, wenn ein anderer Unberechtigter, z. B. ein Dieb, die Separation vorgenommen hat, in welchem Falle doch jener an den Früchten als ſelbſtſtändigen Sachen in keinem Moment Beſitz gehabt hat.

kann sie für sich allein als selbstständige Sachen vindiciren[61]). Eben so, wenn etwa, während sich der Emphyteuta im Besitz befindet, ein Dritter unberechtigt die Früchte separirt und sofort in Besitz genommen hat[62]). Legt man die Idee einer Tradition zum Grunde, so müßte man in diesen Fällen den Eigenthumserwerb des Emphyteuta leugnen, weil er in keinem Momente die Früchte als selbstständige Sachen besessen hat, also eine Tradition nicht vollendet sein kann. Diese Idee ist aber auch deßhalb hier nicht anwendbar, weil die Tradition voraussetzt, daß man volente domino den Besitz erwerbe, und zwar so, daß dieser Wille, den Besitz zu übertragen, auch noch im Zeitpunkte der Besitzerwerbung vorhanden sein muß, wenn gleich er schon früher erklärt sein mag[63]). Der Emphyteuta aber, so wie er die Sache selbst gegen den Widerspruch des Eigenthümers in rem actione behaupten kann, so muß er auch das Eigenthum der separirten Früchte trotz demselben geltend machen können; ja man muß ihm, wenn auch der Eigenthümer selbst die Separation vorgenommen und den Besitz der Früchte sich angemaßt hat, die Vindication derselben zugestehen. Er hat ein dingliches vom Eigenthümer unabhängiges Recht, welches den Fruchterwerb des letzten ausschließt; er hat als Emphyteuta, nicht als Besitzer, das Recht quasi dominus rei die Früchte zu erwerben; in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est; und daher erwirbt er das Eigenthum derselben, wie sonst der Eigenthümer, auch wenn er nicht im Besitze ist. Weit schwächer noch als das Argument aus L. 25. cit. ist ein anderes, welches man aus dem Umstande, daß dem Emphyteuta utilis confessoria actio in Betreff der Servituten zusteht, gezogen hat, „weil die servitutes praediorum an dem corpus praedii selbst kleben," und so „doch wohl auch derjenige, welcher eine solche Servitut in Anspruch nehmen oder in Abrede stellen will, Besitzer des corpus sein müsse" [64]). Diese Klagen sind als analog der utilis rei petitio vollkommen gerechtfertigt. Die corporis possessio aber hat damit nichts zu schaffen; denn Niemand wird bezweifeln, daß der Emphyteuta sowohl confessoria als negatoria actio anstellen, beziehungsweise damit belangt werden könne, wenn er sich auch nicht im Besitze des emphyteutischen Grundstückes befindet, wie er die utilis rei petitio sogar nur dann anstellen kann, wenn er nicht im Besitze ist. Was endlich die systematische und praktische Bedeutung unserer Frage betrifft, so ist vorerst bemerklich zu machen, daß der gewichtigste Vertheidiger der corporis possessio des Emphyteuta dieselbe durch die innere Natur seines Rechtes keineswegs erklärt findet, sondern sie vielmehr geradezu eine Inconsequenz nennt und nur einen historischen Erklärungsgrund dafür anführt[65]). Die praktische Bedeutung der Frage beschränkt sich, wenn man das in Betreff der Ersitzung oben Bemerkte annimmt,

61) L. 22. §. 2. D. de pign. act. (13. 7.)
62) Cf. L. 12. §. 5. D. de usufr. (7. 1.)
63) L. 5. 33. D. de poss. (41. 2.)
64) Büchel a. a. O. S. 46. Wangerow, §. 200, S. 277.
65) Savigny, S. 144, 222, 336.

nur darauf, daß nach der einen Ansicht auch der Eigenthümer possessorischen Schutzes genießt, nach der anderen nicht. Nun wird dieser freilich selten in den Fall kommen, von den Interdicten Gebrauch zu machen, wenn der Emphyteuta besitzt, weil er dann in der Regel mittelbar durch diesen geschützt sein wird, und von selbst sich versteht, daß er gegen diesen zurückstehen muß, wenn derselbe aber nur den emphyteutischen Besitz behaupten will [66]). Dennoch aber scheint es dem praktischen Bedürfniß nicht vollkommen entsprechend, den possessorischen Schutz dem Erbpachtherrn ganz zu versagen. Es kann ja, während die Emphyteuse selbst anerkannt ist, über das Eigenthum Streit herrschen, und hier kann es wichtig sein, mittelst des interdictum uti possidetis zu entscheiden, wem in diesem Prozeß die Rolle des Beklagten zukomme, so wie man auch die Möglichkeit eines Possessorium über das sogenannte dominium directum, z. B. des Lehnsherrn, nicht in Abrede stellen wird. Man setze ferner den Fall der Dejection des Emphyteuta durch einen Dritten, der sich nun den vollen Eigenthumsbesitz der Sache anmaßt. Soll nun hier der Eigenthümer nicht das interdictum de vi haben, unabhängig vom Emphyteuta, der vielleicht die Sache auf sich beruhen läßt, der vielleicht auch kein Interesse mehr an der Sache hat, weil eben zu der Zeit aus irgend einem Grunde die Emphyteuse ihr Ende erreicht hat? Soll jenem hier nur die Vindication, mit der Nothwendigkeit sein Eigenthum zu beweisen, übrig bleiben? Ist der Emphyteuta nicht Repräsentant des Herrn in Betreff der corporis possessio, also durch die Dejection des ersten nicht auch der letzte für dejicirt zu achten, so steht diesem kein Interdict zu, oder man müßte denn zu einer fingirten Cession seine Zuflucht nehmen. Ueberhaupt aber ist einleuchtend, von welcher Wichtigkeit es nach Umständen sein könne, ob man die Grundsätze, welche von dem Verlust des Besitzes an und durch den Repräsentanten gelten, auch auf das Verhältniß des Erbverpachters zum Erbpachter anwenden könne oder nicht [67]), und dieß hängt davon ab, ob man den letzten in Ansehung des juristischen Besitzes der Sache selbst nur als Repräsentanten des ersten ansieht, oder ihm allein die ausschließliche corporis possessio beilegt. Wir halten das Erste für richtig.

Außer den possessorischen Interdicten wird auch noch das interdictum de loco publico fruendo auf die Emphyteuse angewendet [68]). Dasselbe setzt aber einerseits nur die conductio voraus, und ist andererseits nach dem in L. 1. §. 1. D. h. t. angegebenen Motiv auf Privatemphyteusen nicht anzuwenden.

Endlich stehen dem Emphyteuta auch andere Klagen zu Gebote, welche die Verhütung oder Aufhebung von Beeinträchtigungen des seiner Benutzung unterworfenen Grundstückes bezwecken [69]).

---

66) Arg. L. 3. §. 7. D. uti possid. (43. 17.)

67) Savigny, §. 33, S. 429—444.

68) Tit. Dig. 43. 9. Cf. L. 1. §. 7. D. ut in flum. publ. (43. 10.) L. 13. §. 7. D. de iniuriis. (47. 10.) Savigny, S. 608, Note 1. Puchta, Lehrb. §. 174.

69) L. 23. §. 1. D. de aqua et aquae pluv. (39. 3.) L. 5. §. 3. D.

Es sind jetzt die Befugnisse des Emphyteuta bestimmt worden. Diesen entsprechen folgende Verbindlichkeiten desselben. Die Sache selbst muß er in gehörigem Stande erhalten, und haftet wegen der durch seine Schuld herbeigeführten Verschlechterung derselben, wobei aber der Zustand des emphyteutischen Gutes im Ganzen ins Auge zu fassen ist, indem die Verschlechterung in einzelnen Theilen durch anderweitige Verbesserung aufgewogen werden kann [70]). Auch alle auf der Sache haftenden öffentlichen Lasten und Abgaben muß der Emphyteuta tragen [71]). Dann ist eine Hauptverbindlichkeit desselben, daß er den festgesetzten Zins (pensio, reditus, canon, vectigal) zu gehöriger Zeit unaufgefordert an den Eigenthümer entrichte [72]). Diese Abgabe ist häufig sehr gering, nicht im Verhältniß zu der Ertragsfähigkeit des emphyteutischen Grundstückes. Ganz ohne Grund aber haben dieß früher Manche als ein wesentliches oder regelmäßiges Merkmal des emphyteutischen Rechtsverhältnisses angesehen, daher in der Festsetzung einer größeren Abgabe einen Beweis gegen die emphyteutische Natur einer Pachtung finden wollen [73]). Man hegte die Ansicht, der Canon werde überall nur in recognitionem dominii gegeben, nicht als Gegenleistung für die überlassene Nutzung. Die Gesetze enthalten nirgends eine allgemeine Bestimmung über die Größe des Canon oder dessen Verhältniß zur Nutzbarkeit der Sache, überlassen also der besonderen Uebereinkunft die Festsetzung desselben, so wie auch, ob er in Geld oder Früchten, und im letzten Falle ob in einer ein für allemal bestimmten Quantität oder in einer Quote des jährlichen Fruchtertrages bestehen solle [74]). Der Canon ist dann auch eben so gut, wie ein anderer Pachtzins, als wahre Gegenleistung für den Genuß der Sache anzusehen. Aber abweichend von einem gewöhnlichen Pachtverhältniß, kann selbst wegen zufälligen theilweisen Unterganges des Grundstückes nicht eine Minderung der Abgabe begehrt werden, so wenig wie von der anderen Seite wegen etwa eingetretenen Zuwachses eine Erhöhung [75]). Dennoch ist streitig, ob nicht wegen Mißwachses und anderer ungewöhnlicher den Ertrag schmälernder Unglücksfälle Nachlaß vom Canon, wie bei einer gewöhnlichen Pachtung, gefordert werden könne. Während es hier unbedingt bejaht wird [76]), Andere es unbedingt verneinen [77]), nimmt eine dritte Meinung an, es

---

arbor. furt. caes. (47. 7.) und arg. L. 3. §. 3. D. de op. novi nunc. (39. 1.) L. 13. §. 8. D. de damno infecto. (39. 2.) L. 11. §. 14. D. quod vi. (43. 24.)

70) Nov. 7. cap. 3. §. 2. Thibaut, Versuche, Bd. 2, S. 15, Nr. 2.

71) L. 2. Cod. h. t. Cf. tit. Cod. de collatione fundorum patrimonialium et emphyteuticariorum. (11. 64.)

72) L. 1. pr. L. 2. D. h. t. §. 3. J. de locat. L. 2. Cod. cit. L. 1. Cod. de adm. rerumpubl.

73) Noch vor nicht langer Zeit hatte Vf. dieses Artikels als Referent über einen Rechtsfall diese Meinung zu widerlegen.

74) Vgl. auch Buri, S. 182.

75) L. 1. Cod. h. t. Cf. L. 2. Cod. de vend. reb. civit. (11. 31.) L. 3. Cod. de alluvion. (7. 41.)

76) Mühlenbruch, doctr. pand. §. 295. not. 5.

77) z. B. Buri, S. 182. Glück, S. 417 flg. Thibaut, §. 778, Note k.

ſei zwar ein ſolcher Anſpruch regelmäßig nicht, aber doch dann wohl gegründet, wenn die Größe des Canon entſprechend der Ertragsfähigkeit des Grundſtückes beſtimmt ſei [78]). Gewiß aber iſt die zweite Meinung die richtige. Das ohnehin unſichere Argument für die erſte, aus L. 15. §. 4. D. locati entnommen [79]), kann gegen den geſetzlichen Ausſpruch der L. 1. Cod. h. t. nicht Stand halten; denn die Beſtimmung dieſes Geſetzes iſt ſelbſt den Worten nach auch auf Unglücksfälle der fraglichen Art zu beziehen [80]), und ſollte die bis dahin ſchwankende Frage, ob hier die Grundſätze der regelmäßigen locatio conductio anzuwenden ſeien, entſcheiden [81]), ſo daß hiernach der L. 15. §. 4. cit., wenn ſie überhaupt hierher gehört, nur noch eine hiſtoriſche Bedeutung beigelegt werden kann. Es wäre wahrlich auch ein ſonderbares Recht, wornach der für alle Zeit fortwirkende Untergang ſelbſt des größern Theiles der Sache weniger wirken ſollte, als die Unfruchtbarkeit eines einzelnen Jahres. Die dritte vermittelnde Meinung geht von der falſchen Vorſtellung aus, als gehöre es eigentlich zum Weſen der Emphyteuſe, daß der Canon geringe ſei, und müſſe daher die Regel der Pachtung zur Anwendung kommen, wenn dieß nicht der Fall iſt. Wie bei der gewöhnlichen Pachtung durch beſondere Verabredung die Regel ausgeſchloſſen werden kann, ſo iſt ſie bei der Emphyteuſe nach L. 1. cit. allgemein ausgeſchloſſen, wenn ſie nicht umgekehrt durch beſondere Verabredung eingeführt wird. Natürlich aber tritt eine Verminderung des Canon ein, wenn er in einer Quote der jährlichen Früchte beſteht, oder etwa nach Morgenzahl beſtimmt iſt, und nun der Fruchtertrag ſich vermindert oder das Grundſtück verkleinert wird. Auch das iſt noch gefragt worden, ob nicht wenigſtens für die Zeit der Canon zu erlaſſen ſei, während welcher der Emphyteuta durch äußere Gewalt aus dem Beſitze des emphyteutiſchen Grundſtückes gänzlich verdrängt worden, z. B. durch Ueberſchwemmung, Kriegsereigniſſe u. dgl. [82]), oder ob auch

78) Voet ad Dig. h. t. nr. 19. et ibi cit.

79) Die Stelle ſpricht zunächſt nicht von dem Rechte, die Remiſſion zu fordern, ſondern erklärt nur, daß die bewilligte Remiſſion nicht für definitiven Erloß zu halten ſei. Auch können die Worte: hoc idem in vectigalis damno (nach der Vulg. vectigali; nur Ital. hat in vectigalis agri damno) füglich auf Pachtung von Gefällen bezogen werden. Voet l. c. Unterholzner, Schuldverhältniſſe, Bd. 2, S. 369, Note. Die Baſiliken überſetzen zwar *καὶ ἐπὶ ἐμφυτευτικόν;* aber die Scholien beziehen die Stelle auch auf Zollpachtungen, halten alſo dieſe Erklärung eben ſo wohl für möglich, wie die Baſiliken, während doch Papinian bei den angeführten Worten ſicher nur das eine oder das andere ſich gedacht hat. Büchel a. a. O. S. 38, Note. Vuy l. c. p. 186. 187.

80) Sin vero particulare vel aliud leve contigerit damnum, ex quo non ipsa rei penitus laedatur substantia, hoc emphyteuticarius suis partibus non dubitet adscribendum. Hier bezeichnet particulare damnum den theilweiſen Untergang der Sache ſelbſt; vel aluid leve damnum iſt jede andere die Sache betreffende Fatalität, z. B. Unwetter, Ueberſchwemmung, Kriegsverwüſtung, Wildſchaden u. dgl.

81) Es ſollte nun nicht mehr nöthig ſein, dieſelben ausdrücklich auszuſchließen, was bis dahin wahrſcheinlich gewöhnlich geweſen: Si interdum ea quae fortuitis casibus eveniunt, pactorum non fuerint conventione concepta.

82) Donell. cap. 14. §. 23. Voet l. c. nr. 21. 22. Buri, S. 182, 183.

hier derſelbe nachgezahlt werden müſſe, wenn die Sache nicht wirklich ganz verloren werde? Die ſtrengere Meinung iſt auch hier die conſequentere [83]).

Beſondere Verpflichtung hat der Emphyteuta gegen den Eigenthümer in Beziehung auf vorzunehmende Veräußerungen ſeines Rechtes. Will er daſſelbe verkaufen, ſo muß er davon dem Eigenthümer Anzeige machen, mit Angabe des Preiſes, welchen er von einem Anderen erhalten kann. Alsdann muß er zwei Monate abwarten, ob nicht der Herr ſelbſt unter denſelben Bedingungen die Emphyteuſe an ſich kaufen wolle. Macht dieſer innerhalb dieſer Friſt von dem ihm zuſtehenden Vorkaufsrechte keinen Gebrauch, ſo darf definitiv an einen Anderen verkauft werden [84]). Durch den bloßen Abſchluß eines eventuell beide Contrahenten bindenden Kaufcontractes ohne vorhergegangene Anzeige an den Eigenthümer verſtößt der Emphyteuta noch nicht gegen dieſe Vorſchrift, wo nur ausdrücklich oder ſtillſchweigend die Bedingung vorbehalten iſt, daß ſie noch nachträglich beobachtet werde. Jenes wird ſogar regelmäßig das Zweckmäßigſte ſein, um mit Sicherheit dem Eigenthümer den Verkaufpreis beſtimmen zu können [85]). Conſequent iſt es übrigens, dieſe Beſtimmung auch dann anzuwenden, wenn die Emphyteuſe vermöge Pfandrechtes oder im Concurſe der Gläubiger verkauft werden ſoll; denn dieſer Verkauf wird, wenn auch gegen den Willen, doch im Namen und kraft des Veräußerungsrechtes des Emphyteuta vollzogen, und müſſen alſo dabei auch die für dieſes geltenden Beſchränkungen eintreten [86]). Bei anderen Arten der Veräußerung aber, z. B. durch Tauſch, Schenkung u. dgl., kann davon nicht die Rede ſein. Indeſſen muß bei jeder Veräußerung oder Uebertragung der Emphyteuſe ex singulari causa, alſo auch beim Vermächtniß derſelben, der Eigenthümer um Ertheilung ſeiner Zuſtimmung und Anerkennung des neuen Emphyteuta erſucht werden. Dieſe kann er freilich nicht willkürlich verſagen. Nur wenn ſich gegründete Einwendungen gegen die Perſon machen laſſen, worüber nöthigenfalls richterliche Cognition ſtattfindet, iſt er dazu befugt [87]). Sonſt muß er ſie innerhalb der Zeit von zwei Monaten nach empfangenem Geſuche, und zwar durch eine von ihm ſelbſt vollzogene ſchriftliche Urkunde (einen neuen Erbpachtbrief) oder durch Erklärung zu Protocoll oder vor einem Notar ertheilen [88]).

---

83) Leoninus ad L. 1. Cod. h. t. nr. 7. Thibaut, Verſuche, Bd. 2, S. 15, Nr. 3.

84) L. 3. Cod. h. t.

85) Buri, S. 174 flg., der jedoch zu weit geht, wenn er behauptet, die attestatio, welche dem Herrn zuzuſtellen ſei, müſſe ein Zeugniß über den geſchloſſenen Contract ſein.

86) Donell. l. c. cap. 20 a. E. Glück, S. 513, Note 64.

87) Si ius emphyteuticum ad personas non prohibitas sed concessas (oder quae non solent in emphyteuticis contractibus vetari ad huiusmodi venire emtionem) et idoneas ad solvendum emphyteuticum canonem transponere emphyteuta maluerit, non contradicere etc.

88) Ipsos dominos per se (d. h. in eigener Perſon, und zwar:) vel per litteras suas, vel... per depositionem in hac quidem civitate apud .. magistrum censuum vel praesentitabulariis per attestationem, in provinciis autem per praesides vel defensores celebrandam.

Dafür iſt er dann berechtigt, eine Abgabe zu fordern, jetzt gewöhnlich Laudemium, Handlohn, Lehnwaare genannt, welche nach geſetzlicher Beſtimmung zwei Procente (quinquagesima pars) des Kaufpreiſes, oder, wo die Veräußerung kein Verkauf iſt, des Schätzungswerthes beträgt und der Regel nach von dem neuen Emphyteuta gezahlt werden muß[89]). Hat der Eigenthümer in beſagter Zeit ſich nicht bereitwillig finden laſſen, den neuen Emphyteuta anzunehmen, ſo kann alsdann der Veräußernde, ohne weiter Rückſicht auf jenen zu nehmen, die Uebertragung des emphyteutiſchen Grundſtückes vollziehen, und es kann dann auch die Zahlung des Laudemium nicht verlangt werden[90]). Der Zweck dieſer Anordnungen

---

89) Daß dieſe Praxis dem Sinne der L. 3. Cod. cit. nicht entſpreche, wird von Manchen behauptet, z. B. Buri, S. 191, 192; Thibaut, §. 778; Vuy, p. 192. Aber iſt es wohl z. B. bei einer Schenkung, und vollends bei dem Vermächtniß durchzuführen, daß der bisherige Emphyteuta auch noch die Quinquageſima entrichte?

90) Dieß iſt im Zuſammenhang der Inhalt der L. 3. Cod. cit., nach folgender Zergliederung. 1) Allgemeiner Ausſpruch: Minime licere emphyteutae sine consensu domini meliorationes suas aliis vendere vel ius emphyteuticum transferre. 2) Nähere Beſtimmung für den Verkauf: a) attestationem domino transmittere et praedicere quantum pretium etc.; b) et si quidem dominus hoc dare voluerit... ipsum comparare; c) si autem duorum mensium spatium fuerit emensum et dominus hoc facere noluerit, licentia emphyteutae detur, ubi voluerit, et sine consensu domini.. vendere. Es iſt nun das Vorkaufrecht des Herrn ausgeſchloſſen; an wen verkauft werde, braucht bis dahin derſelbe noch nicht nothwendig erfahren zu haben. Dann aber folgt 3) die allgemeine Beſtimmung über die Anerkennung des neuen Emphyteuta: Necessitatem habere dominos... novum emphyteutam in possessionem suscipere, und zwar bezieht ſich dieſe ſowohl auf den Fall des nach Nr. 2 giltigen Verkaufes (si melioratio secundum praefatum modum vendita sit), als auf jede andere Veräußerung der Emphyteuſe (vel si ius emphyteuticum... transponere emphyteuta maluerit). Dabei wird die Form der Anerkennung und das für dieſe (pro subscriptione vel depositione) zu Zahlende feſtgeſetzt. Endlich: sin autem novum emphyteutam vel emtorem meliorationis suscipere dominus minime maluerit et attestatione facta intra duos menses hoc facere supersederit, licere emphyteutae etiam non consentientibus dominis ad alios suum ius vel emphyteumata transferre. Beim Verkaufe muß alſo noch einmal zwei Monate gewartet werden, nachdem die Anzeige von dem wirklichen Abſchluß des Kaufcontractes gemacht und die Annahme des neuen Emphyteuta nachgeſucht worden iſt; die erſte Friſt von zwei Monaten war dem Eigenthümer lediglich für die Ausübung des Vorkaufrechtes gewährt. Bei anderen Veräußerungen iſt nur die Vorſchrift unter Nr. 3 zu beobachten, und nur, inſofern dieſe es erheiſcht, die Zuſtimmung des Herrn nachzuſuchen, alſo nicht zum Abſchluß des Veräußerungsgeſchäftes, ſondern nur zur Vollziehung deſſelben und zum wirklichen Eintritt des neuen Emphyteuta. — Im Weſentlichen übereinſtimmend hiermit iſt Donellus l. c. cap. 14. §. 8—20. Mehr oder weniger abweichende Erklärungen ſiehe bei Buri, S. 172, 207; Glück, S. 441 flg.; Göſchen, Vorleſ. Bd. 2, H. 1, S. 296—298; Thibaut, Syſtem, §. 778; Vuy l. c. p. 171—184, 189—195; Muehler, de iure emphyteutico transferendo (Berol. 1835), p. 52 sq. Der Letzte namentlich vertheidigt die Anſicht, daß das Geſetz gar nicht den Emphyteuta verpflichte, im Falle der Singularſucceſſion in die Emphyteuſe die Anerkennung des Eigenthümers nachzuſuchen, ſondern nur dieſem die Nothwendigkeit auflege, den neuen Emphyteuta auf Erſuchen aufzunehmen, und eben dadurch den bisherigen aus dem obligato-

scheint dieser zu sein, daß dem Eigenthümer nicht ohne sein Wissen ein fremder Emphyteuta aufgedrängt werden soll, gegen dessen Person er vielleicht Einwendungen zu machen hätte, und daß nun auch zugleich ein persönliches Verpflichtungsverhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem neuen Emphyteuta förmlich anerkannt werde[91]). Die Frage, wie es in Betreff des Laudemium zu halten sei, wenn das Veräußerungsgeschäft wieder rückgängig gemacht wird, z. B. der Verkauf vermöge einer Resolutivbedingung oder wegen laesio enormis aufgelöst wird, ist wohl dahin zu beantworten, daß durch vollständige Vernichtung oder Rescission der Veräußerung auch jene Nebenwirkung rückgängig gemacht werde und das Gezahlte als sine causa datum condicirt werden könne; nicht aber kann das Gleiche gelten, wenn nur durch einen neuen Vertrag die veräußerte Emphyteuse auf den früheren Emphyteuta zurückübertragen wird, wie z. B. vermöge eines pactum de retrovendendo; in welchem Falle vielmehr jedesmal das Laudemium zu entrichten ist[92]).

Bei einer Veränderung des Emphyteuta durch Vererbung treten die angegebenen Verbindlichkeiten überall nicht ein, da diese nicht unter den Begriff der Veräußerung fällt, sondern der Erbe als eine Person mit dem Erblasser anzusehen ist, und daher auch von selbst in dessen Verbindlichkeiten, wie in dessen Rechte eintritt. Wenn dennoch Manche in Beziehung auf testamentarisch ernannte fremde Erben und wohl auch in Beziehung auf Intestaterben außer den Descendenten eine Verpflichtung zur Zahlung der Quinquagesima behauptet haben, so haben dabei

---

rischen Nexus zu entlassen. So lange diese Aufnahme nicht nachgesucht sei, bleibe das obligatorische Verhältniß zum bisherigen Emphyteuta unversehrt, obwohl das dingliche Recht dem neuen erworben sei. Nach Ablauf der zwei Monate aber werde die Aufnahme für geschehen angenommen (p. 57, 60, 61, l. c. Vgl. auch Unterholzner a. a. O. S. 366, 367). Allein am Schlusse der L. 3. cit. wird der Verlust des Rechtes angedroht, sin aliter fuerit versatus (emphyteuta) quam nostra constitutio disponit. Unmittelbar vorher aber geht die Bestimmung, daß erst dann der Emphyteuta auf einen Anderen sein Recht ohne Zustimmung des Eigenthümers übertragen könne, wenn dieser zwei Monate die Annahme des neuen Emphyteuta verzögert habe. Auch darauf nun ist doch unverkennbar jene Drohung zu beziehen, wenn gegen diese Vorschrift gefehlt wird. Also soll der Eigenthümer erst um die Annahme ersucht werden, bei Strafe der Caducität. — Andererseits ist auch entschieden verwerflich die Meinung Einiger, welche dem Eigenthümer auch in anderen Fällen als beim Verkaufe eine Art von ius protimiseos beilegen wollten. Leonin. ad L. 3. cit. Vergl. Buri, S. 177.

91) Muehler l. c. p. 57. Unterholzner, S. 363, 364, 366, 367.

92) Thibaut, §. 778, Note b. c. Doch sind auch darüber die Meinungen verschieden; vergl. namentlich Buri, S. 201 flg.; Glück, S. 499 flg. Auch Unterholzner (S. 367) spricht dem Eigenthümer nur das Recht auf abermalige Zahlung des Angeldes bei Rescission der Veräußerung ab. Aber durch diese wird doch auch die Anerkennung, wofür das Handgeld gezahlt worden, in ihrer Wirkung vernichtet, und erscheint also das Gezahlte als sine causa datum; denn daß das Angeld blos für den äußerlichen Act der Anerkennung ohne Rücksicht auf seine juristische Wirksamkeit gegeben werde, läßt sich nicht annehmen. Aber freilich muß man voraussetzen, daß dem Eigenthümer der ganze Inhalt des Veräußerungsgeschäftes, woraus die Rescissibilität desselben folgt, bekannt gemacht sei.

ohne Zweifel Vorſtellungen von lehnrechtlichen Verhältniſſen mitgewirkt, die dem römiſchen Rechte ganz fremd ſind [93]). Und vollends kann nur durch mißverſtändliche Einmiſchung eigenthümlich teutſchrechtlicher Grundſätze die Frage hervorgerufen ſein, ob auch im Falle eines Wechſels in der Perſon des dominus emphyteuseos das Laudemium gezahlt werden müſſe [94]). Gewiß richtig dagegen iſt die Behauptung, daß dieſe Verpflichtung eintrete, wenn der Emphyteuta ſchon bei ſeinen Lebzeiten die Emphyteuſe dem künftigen Erben überträgt [95]). Daſſelbe iſt auch zu behaupten, wenn durch Erbtheilung die ganze Emphyteuſe Einem von mehreren Erben überwieſen worden, in Anſehung der Antheile der übrigen Erben. Viele zwar verneinen dieß, vorzüglich aus dem Grunde, weil auch ſonſt wohl die Theilung unter Miterben nicht als Veräußerung angeſehen werde [96]). Allein dieß geſchieht nur in Rückſicht auf ein beſtimmtes Veräußerungsverbot, von dem auch andere Ausnahmen gemacht werden [97]). In der That aber liegt in der Zutheilung der ganzen Sache an Einen von den Miterben oder überhaupt Miteigenthümern eine wahre Veräußerung in Anſehung der den Anderen zuſtehenden Antheile, und muß ſie alſo in ſo weit unter die Regel fallen, wenn nicht eine Ausnahme dafür beſonders begründet iſt [98]). In der Natur der Sache aber iſt dieſe nicht begründet. Denn jeder Erbe repräſentirt nur pro parte den Erblaſſer; es iſt alſo eine neue nicht durch die bloße Vererbung herbeigeführte Aenderung in der Perſon des Emphyteuta, wenn ein Erbe allein ſtatt Aller in die emphyteutiſchen Rechte und Verpflichtungen eintritt, und dazu bedarf es der Anzeige an den Herrn, um deſſen Anerkennung zu erhalten; für dieſe aber wird die Quinquagesima gezahlt. Auch iſt ja jene Aenderung keineswegs gleichgiltig für den Eigenthümer; dieſer kann ſogar gegründete Einwendungen gegen die Perſon desjenigen Erben haben, dem die Emphyteuſe ausſchließlich überlaſſen werden ſoll, und kann deßhalb Einſpruch dagegen thun, wenn gleich er den Uebergang des Rechtes auf ihn als Erbe pro parte hereditaria nicht hindern konnte [99]).

Wir wenden uns nunmehr zur Beſtimmung der Erwerbgründe der Emphyteuſe. Dabei muß man unterſcheiden die erſte Errichtung oder denjenigen Erwerb, durch welchen das emphyteutiſche Recht an einem

---

93) Buri, S. 209, 211.

94) Buri, S. 195—201.

95) Thibaut, §. 778, Note f. Wening-Ingenheim, Bd. 2, §. 111, Note e.

96) Nov. 12. cap. 1: Quando enim res litigiosae per successionem ad heredes perveniunt, non debet alienatio intelligi earum inter coheredes divisio. Voet l. c. n. 35. Vuy p. 193, 194. Vgl. Glück, S. 491 flg.

97) L. 4. Cod. de litigiosis. (8. 37.)

98) Daher fällt die Provocation zu einer Theilungsklage als freiwillige Veräußerung unter die Vorſchrift der oratio D. Severi. L. 1. §. 2. L. 7. pr. cf. L. 3. §. 4. D. de reb. eor. (27. 9.) L. 17. Cod. de praediis. (5. 71.) Voet ad tit. Dig. fam. ercisc. n. 14. Ruborff, Recht der Vormundſchaft, Bd. 2, S. 411, 412.

99) Unterholzner a. a. O. S. 367, 368.

Grundſtück überhaupt erſt entſteht, von dem bloßen Uebergang einer ſchon begründeten Emphyteuſe auf einen Anderen als den urſprünglichen Emphyteuta.

Errichtet wird die Emphyteuſe vor Allem durch Vertrag. Ueber die Natur dieſes Vertrages (in Betreff des ager vectigalis) waren ſchon in der claſſiſchen Jurisprudenz Zweifel angeregt worden. Man ſchwankte, ob man denſelben unter den Geſichtspunkt der emtio venditio ſtellen, alſo eine Alienation der Sache darin erkennen ſolle (wobei man das Vectigal etwa dem Zins von einem ſtehengebliebenen Kaufpreiſe vergleichen mochte), oder ob man ihn vielmehr als locatio conductio zu betrachten habe, wofür ſich Cajus entſcheidet [100]). Die Frage konnte, zumal ſeitdem auch Privatgüter mit gleichem Rechte ausgegeben wurden, in verſchiedenen Beziehungen von Bedeutung ſein. Es würde z. B. davon abhängen, ob die Beſtellung der Emphyteuſe unter ein geſetzliches Verbot, z. B. der Mündelgüter, falle oder nicht [101]). Vorzüglich aber ſcheint der Zielpunkt jener verſchiedenen Betrachtungsweiſe dieſer geweſen zu ſein, ob der Erbverpachter dem Erbpachter fortwährend nach den Grundſätzen eines gewöhnlichen Pachtverhältniſſes den ungehinderten Genuß des Pachtgegenſtandes zu gewähren ſchuldig ſei, und demnach auch wegen Schmälerung deſſelben durch zufällige die Subſtanz der Sache oder deren Fruchtertrag betreffende Ereigniſſe ein Anſpruch auf verhältnißmäßige Minderung der Pachtabgabe ſtattfinde, oder ob vielmehr der Erbpachter ſolchen Schaden, als welcher ein zu ſeinem Vermögen gehörendes Object betreffe, allein zu tragen habe, der Eigenthümer aber den einmal feſtgeſetzten Zins ungemindert zu fordern berechtigt bleibe [102]). Zeno hat dieſe Zweifel beſeitigt, indem er verordnete: ius emphyteuticum neque conductionis neque alienationis esse titulis adiiciendum, sed hoc ius tertium esse, ab utriusque memoratorum contractuum societate et similitudine separatum; conceptionem item definitionemque habere propriam, et iustum esse validumque contractum etc., und dabei zugleich ſpeciell jene Frage wegen zufälliger Minderung der Sache oder ihres Ertrages entſchied [103]). Dieſe Entſcheidung hat denn auch Juſtinian gebilligt und als die zu ſeiner Zeit praktiſche aner-

---

100) Cai. III. 145. — §. 3. J. de locat. et Theophil. ad h. l. — Unterholzner a. a. O. S. 362, 369.

101) Rudorff a. a. O. S. 407 flg.

102) Vgl. Büchel a. a. O. S. 28—39. Dieſer hält es jedoch mit Unrecht für widerſinnig, ein der Servitut nachgebildetes, obwohl umfaſſenderes, Recht durch Pacht entſtehen zu laſſen. Die obligatoriſche Natur des Pachtverhältniſſes hindert nicht, dem Pachter an dem gepachteten Grundſtück ein dingliches durch ſeinen Inhalt von ſelbſt dem Uſusfructus naheverwandtes Recht beizulegen. Nach dem Code Napoleon z. B., der den Grundſatz: Kauf bricht Miethe, nicht kennt, kann man ſagen, es ſei dem Miether ein Recht an der Sache gewährt, das dem Uſusfructus wahrlich näher ſteht, als dieſer den Prädialſervituten. Könnte doch auch der Uſusfructus für eine beſtimmte Zeit (nur als perſönliche Servitut nicht vererblich) gegen Verſprechen eines jährlichen Zinſes eingeräumt werden!

103) L. 1. Cod. h. t. Vgl. oben Note 76 flg.

kannt [104]), was ihn jedoch nicht hindern konnte, anderwärts auszuſprechen, daß durch ein geſetzliches, teſtamentariſches oder vertragsmäßiges Veräußerungsverbot regelmäßig auch die Einräumung der Emphyteuſe für unterſagt zu halten ſei [105]). Es iſt alſo nun der Vertrag zur Begründung der Emphyteuſe als ein eigener Contract hingeſtellt, contractus emphyteuseos oder emphyteuticarius, von welchem jedoch ungeachtet des kaiſerlichen Ausſpruches nicht zu leugnen iſt, daß er nach einer Seite hin der locatio conductio nahe verwandt iſt, von der er ſich andererſeits freilich durch die Begründung eines ſelbſtſtändigen dinglichen Rechtes bedeutend unterſcheidet. Dieſer Vertrag nämlich erzeugt zugleich ein obligatoriſches Verhältniß unter den Contrahenten und das dingliche Recht des Emphyteuta. Aus der obligatoriſchen Natur deſſelben entſteht für beide Theile und deren Univerſalſucceſſoren eine perſönliche Klage auf Erfüllung der gegenſeitig eingegangenen Verbindlichkeiten, die man jetzt emphyteuticaria (in personam) actio zu nennen pflegt, mit welcher denn namentlich auch die Zahlung des Canons gefordert werden kann. Was aber die Entſtehung des dinglichen Rechtes angeht, ſo iſt es eine ſehr verbreitete Meinung, daß dazu der Vertrag nicht allein hinreiche, ſondern die Uebergabe des emphyteutiſchen Grundſtückes hinzukommen müſſe. Dieſes verſteht ſich freilich von ſelbſt für diejenigen, welche dem Emphyteuta eine Art Eigenthum beilegen [106]). Die aber das Letzte für irrig erkennen, wiſſen überall keinen irgend erheblichen Grund für jene Meinung anzugeben [107]). Die Quellen ſelbſt ſprechen für die Anſicht, daß durch die locatio in perpetuum ſofort die dingliche Klage, alſo auch das dingliche Recht entſtehe [108]), und mit Recht wird daher dieſe von vielen Schriftſtellern gebilligt [109]). — Sehr ſtreitig iſt auch die Frage,

---

104) §. 3. J. cit.: Quo iure utimur.

105) L. 7. Cod. de reb. alien. non alienand. (4. 51.)

106) Nach L. 20. Cod. de pactis. (2. 3.) Glück, S. 464.

107) Thibaut (§. 779, Note o) bezieht ſich blos auf L. 31. D. de acquir. dom. (41. 1.), widerſprechend ſeiner eigenen Anſicht über die Natur des emphyteutiſchen Rechtes (oben Note 23, 24). In Wening-Ingenheim's Lehrbuch (5. Ausg.), Bd. 2, §. 113, wird eingeräumt, daß die Geſetze von der Nothwendigkeit hinzukommender Tradition ſchweigen, aber bemerkt, ſie werde doch nach Analogie deſſen, was beim Eigenthum und ſelbſt bei den Servituten gelte, mit Recht allgemein (?) angenommen. Aber dieſen Analogien kann man die des Pfandrechtes entgegenſtellen, und zudem iſt auch die Analogie der Servituten nach der Meinung, die wir mit den angeſehenſten Civiliſten für die richtige halten, vielmehr dagegen. Mühlenbruch (§. 297, Note 5) bezieht ſich theils auf unſichere hiſtoriſche Vorausſetzungen, theils auf Argumente, deren Prämiſſen ſchon oben widerlegt ſind (Note 55 flg.), die aber auch, wenn man dieſe Widerlegung nicht ausreichend findet, höchſtens eine Wahrſcheinlichkeit erzeugen. Donellus (cap. 13. §. 15.) legt beſonders Gewicht auf die Worte in §. 3. J. cit.: De praediis, quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur, überſehend, daß hier noch blos von der Natur des Contractes die Rede iſt, zu deſſen Erfüllung freilich die Uebergabe gehört, nicht aber zur Abſchließung.

108) L. 1. §. 1. D. h. t.: Qui conduxerunt, placuit competere iis in rem actionem adversus quemvis possessorem.

109) Du Roi, im Arch. Bd. 6, S. 367. Haſſe, im rhein. Muſ. Bd. 1, S. 93. Schröter, in der Zeitſchr. für Civilrecht und Prozeß, Bd. 2, S.

ob es zur Giltigkeit des emphyteutischen Contracts schriftlicher Abfassung bedürfe? Für die Errichtung kirchlicher Emphyteusen kann wohl die Nothwendigkeit dieser Form nach Nov. 120. cap. 6. §. 2. nicht in Abrede gestellt werden, und sie wird auch von den Meisten anerkannt [110]). Aber Viele behaupten dieselbe allgemein als regelmäßiges Erforderniß dieses Vertrages [111]). Es war natürlich, daß ein Vertrag, der für immer oder für sehr lange Zeit wirken sollte, meistens schriftlich abgefaßt wurde, und bei Municipal-, wie bei fiscalischen Gütern brachte dieß ohnehin gewiß der regelmäßige Geschäftsgang mit sich [112]). Aber eben deßhalb kann man auf die Nothwendigkeit dieser Form nicht daraus einen Schluß ziehen, daß in den betreffenden Constitutionen mehrmals auf die instrumenta emphyteuseos Bezug genommen wird. Eine Bestimmung, wodurch sie allgemein vorgeschrieben würde, findet sich aber nicht. Denn in der beiläufigen Aeußerung der L. 1. Cod. h. t. ist eine solche nicht zu erkennen, um so weniger, da bis dahin der Vertrag den Consensualcontracten, dem Kauf oder der Miethe, beigezählt worden war, und in §. 3. J. de locat., sowie bei Theophil. ad h. l. nicht die geringste Andeutung einer solchen neuen Vorschrift zu entdecken ist [113]). Dagegen scheint L. 1. cit. eine dritte Meinung vollkommen zu begründen, nach welcher zwar nicht regelmäßig, aber doch dann und insofern schriftliche Urkunde nothwendig sein soll, als eine besondere von der allgemeinen Regel des emphyteutischen Verhältnisses namentlich von der dort speciell sanctionirten, abweichende Verabredung getroffen werde [114]). Die Constitution schickt nämlich zuerst im Allgemeinen die Erklärung voraus, iustum validumque esse contractum, und nur in Betreff von Nebenverabredungen heißt es dann, ea quae pactionibus scriptura interveniente habitis placuerint, firma illibataque custodiri. Da man nun in der Regel nicht annehmen darf, daß der Gesetzgeber ohne Vorbedacht und bestimmte Absicht nicht zur Sache gehörende Zusätze einschiebe, so ist man zu dem Schlusse berechtigt, daß in Ermangelung schriftlicher Urkunde nicht dasselbe gelten solle, um so mehr als sich auch sonst ähnliche Bestimmungen vorfinden [115]). Zu

---

243. Schweppe, Privatrecht, §. 314. Puchta, Lehrb. §. 173. Göschen, Vorles. Bd. 2, H. 1, S. 300.

110) Glück, S. 462.

111) Donell. cap. 13. §. 14. Leonin. ad L. 1. Cod. h. t. nr. 3. Thibaut, §. 779. Vuy, p. 196. u. A.

112) Unterholzner, S. 363.

113) Cuiac. ad Cod. h. t. (opp. edit. Neap. IX. 419.) Voet ad D. h. t. n. 3. Buri, S. 160. Hofacker, princip. §. 1039. Glück, S. 461, Note 42. Vgl. Göschen, Bd. 2, H. 2, S. 308.

114) Schon von einigen älteren Juristen, namentlich Janus a Costa, gebilligt (vergl. Glück, S. 462, Note 45), neuerdings vertheidigt von Marezoll, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 2, S. 359—371, und angenommen von Mühlenbruch, §. 297, Note 2—4; Wening-Ingenheim, Bd. 2, §. 113, und, wie es scheint, von Puchta, Lehrb. §. 173, Note y.

115) L. 32. Cod. de locato. (4. 65.) Cf. L. 13. §. 11. D. locati. (19. 2.) Marezoll a. a. O. S. 364, 369, und Bd. 3, S. 280—282.

weit aber geht die Behauptung, daß dergleichen Verabredungen nicht anders als durch Schrift bewiesen, daher nach Verlust der Urkunde nicht mehr geltend gemacht werden können. Denn wenn Justinian in L. 3. Cod. h. t. festsetzt, was als Regel eintrete, si nulla huiusmodi pactio interposita sit vel forte instrumentum emphyteuseos deperditum est, so liegt die Vermuthung, daß hierbei nur der gewöhnliche Fall, wo durch den Verlust der Contractsurkunde der Beweis wirklich unmöglich geworden, berücksichtigt sei, gar zu nahe, als daß man darin eine gesetzliche Ausschließung jedes anderen Beweismittels des giltig Verabredeten erblicken könnte.

Eine zweite Art der Errichtung der Emphyteuse ist die durch Vermächtniß. Es ist jedoch in Zweifel gezogen worden, ob durch Vermächtniß ipso iure das dingliche Recht der Emphyteuse entstehen könne. Weil nämlich eine Verpflichtung des Emphyteuta damit wesentlich verbunden sei, diese aber nicht durch den Willen des Erblassers ihm auferlegt werden könne, so, hat man behauptet, bewirke das Vermächtniß auch von Seiten des Eigenthümers der Sache zunächst immer nur die Verpflichtung der Erben, den emphyteutischen Contract auf Verlangen mit dem Legatar abzuschließen, und erst dadurch werde denn auch das emphyteutische Recht wirklich erworben [116]). Oder auch man hat das Vermächtniß aufgefaßt als bedingt dadurch, daß der Legatar sich zur Uebernahme der entsprechenden Verpflichtungen bereit erkläre, was denn auch zur Abschließung einer Uebereinkunft führen würde [117]). Allein Justinian will den Vermächtnissen überall die möglichst vollkommene Wirkung gesichert sehen, dergestalt, daß regelmäßig dem Legatar dingliche wie persönliche Klage zur Geltendmachung des Inhaltes des Vermächtnisses zustehen soll, so weit nur die erste nach der Natur des Verhältnisses anwendbar ist. Darnach muß die gleiche Wirkung auch anerkannt werden, wenn der Eigenthümer an seinem Grundstück die Emphyteuse vermacht hat; ein dingliches Recht, welches er als Eigenthümer an seiner Sache direct zu gewähren im Stande war [118]). Daß der Legatar durch die Annahme des Vermächtnisses als Emphyteuta gewisse Verpflichtungen über-

---

116) Muehler l. c. p. 19.

117) Donell. l. c. cap. 13. §. 13, der das Legat der Emphyteuse mit dem Falle vergleicht, wenn dem Erben auferlegt ist, eine Sache zu bestimmtem Preise einem Anderen zu verkaufen. L. 66. D. de legat. I. L. 30. §. 3. D. de legat. III. Mühler's Bemerkung, diese Ansicht komme im Resultat mit der seinigen überein, ist nicht ganz richtig, wenn man seine Worte: cum emphyteuseos contractum cum herede celebraverit, genau nimmt. Denn hiernach wäre auch schriftliche Abfassung des Contractes zwischen dem Legatar und dem Erben erforderlich, so weit diese sonst nothwendig ist (not. 111—115. Muehler l. c. p. 16); nach des Donellus Meinung bedürfte es nur einer Erklärung über die Annahme des Legates.

118) L. 1. Cod. commun. de legat. (6. 43.) Daß auch, wenn die Sache im Eigenthum des Dnerirten ist, das vermachte Eigenthum oder ius in re ipso iure erworben werde (Puchta, Lehrb. §. 532), kann man nicht behaupten. Dieß wäre ein exorbitanter Satz, daß eine Verfügung des Erblassers direct ein Recht an einer ihm fremden Sache gewähren könne, und L. 1. cit. spricht auch nicht dafür.

nimmt, ſteht jener dinglichen Wirkung nicht im Wege. Wie dieß hier durch die Natur des vermachten Rechtes gegeben iſt, kann es ſonſt durch Modus und andere Laſten, die auf Vermächtniß gelegt ſind, herbeigeführt werden. Daß er nicht wider Willen obligirt werde, dagegen iſt er ſchon durch den allgemeinen Grundſatz geſichert, wornach Niemand ein Legat anzunehmen braucht, inſofern alſo jedes Vermächtniß hanc conditionem habet, si legatarius velit [119]). Sollte aber dieſes ſo verſtanden werden, daß das Vermächtniß für ein wahrhaft bedingtes zu halten ſei, wie allerdings der ausdrückliche Zuſatz si volet für Vermächtniſſe als wahre Bedingung anzuſehen iſt [120]), ſo würde man zu gänzlich verwerflichen Conſequenzen kommen: man würde behaupten müſſen, daß dies legati non cedat, bevor ſich der Legatar über die Annahme des Vermächtniſſes erklärt habe, daß alſo dieſes nicht auf die Erben transmittirt werde, wenn jener vor geſchehener Erklärung geſtorben iſt. Beharren wir alſo vielmehr bei der herrſchenden Meinung, welche das Vermächtniß als Entſtehungsgrund des emphyteutiſchen Rechtes ſelbſt betrachtet. Es kann denn auch der Fall ſein, daß Einem die Emphyteuſe, einem Anderen das Eigenthum des Grundſtückes legirt und kraft des Legates ipso iure erworben wird, ſo wie auch dem Erben das Recht der Emphyteuſe vorbehalten werden kann, indem das Eigenthum einem Anderen vermacht wird. In ſolchen Fällen aber kann der Eigenthümer die Anerkennung der perſönlichen Verpflichtungen von Seiten des Emphyteuta leicht erwirken: als Beſitzer nämlich, indem er die Sache nur unter dieſer Vorausſetzung herauszugeben braucht; und wenn der Emphyteuta im Beſitze iſt, durch Anſtellung der rei vindicatio, welcher dieſer nur durch Anerkennung jener Verpflichtungen ausweichen kann. Es ſcheint aber auch nicht unangemeſſen, ohne Weiteres auf den Grund des angenommenen Vermächtniſſes eine der Klage aus dem emphyteutiſchen Contracte analoge perſönliche Klage zu geſtatten [121]).

Es fragt ſich nun weiter, ob auch durch Erſitzung das Rechtsverhältniß der Emphyteuſe entſtehen könne? Dieſe Frage wurde früher von den Meiſten unbedenklich bejahend beantwortet, wenn auch wohl gezweifelt wurde, welche Verjährungszeit erforderlich, und ob die Erſitzung nach Analogie der Eigenthums- oder der Servitutenerſitzung zu beurtheilen ſei [122]). In neuerer Zeit haben dagegen wieder Mehrere die Möglichkeit einer Entſtehung der Emphyteuſe durch Erſitzung ganz in Abrede geſtellt [123]). Der Hauptfall, um welchen es ſich handelt, iſt der, wenn Jemand bona fide die vom Nichteigenthümer eingeräumte Emphyteuſe die Verjährungszeit hindurch ausgeübt hat. Iſt hier dem Conſtituenten ſelbſt

---

119) So drückt ſich Donellus a. a. O. aus.

120) L. 69. D. de cond. et dem. (35. 1.) L. 65. §. 1. D. de legat. I.

121) Wening-Ingenheim, Bd. 2, §. 112.

122) Vgl. Glück, S. 466 flg., und die dort angeführten Schriftſteller.

123) Vgl. vorzüglich Zimmern in ſeinen und Neuſtetel's römiſchrechtlichen Unterſ. N. 5. S. 127 flg.; Unterholzner, Verjährungslehre, Bd. 2, S. 249—256; Mühlenbruch, doctrina pand. §. 297, not. 7—11; Göſchen, Vorleſungen, Bd. 2, H. 1, S. 300—302.

in derselben Zeit das Eigenthum durch Ersitzung erworben, so ist dadurch mittelbar auch der Emphyteuta geschützt. Aber gesetzt, jener war selbst nicht in der Lage, die Sache zu ersitzen, weil er z. B. nicht in bona fide war, oder, bei der ordentlichen Ersitzung, einen iustus titulus nicht nachzuweisen vermag: kann nun der vermeintliche Emphyteuta auf eigene Hand das Recht der Emphyteuse ersitzen, so daß ihn davon auch der wahre Eigenthümer als solchen anerkennen muß? In den Quellen findet sich darüber gar kein Ausspruch, weder dafür, noch dagegen [124]). Daß die civilrechtliche Usucapion hier nicht zur Anwendung kam, ist freilich ohnehin unzweifelhaft. Alle Analogie aber spricht dafür, daß die longi temporis possessio auch in diesem Falle Schutz gewährte. Sollte nach einem Rechte, das eine Ersitzung des Ususfructus anerkennt [125]), nicht dieselbe auch bei der dem Eigenthum so viel näher stehenden Emphyteuse statthaben? bei der man zweifeln konnte, ob die Einräumung desselben nicht als Alienation der Sache anzusehen sei; deren Inhaber zu den Possessores gerechnet und oft so genannt wurden (possessores perpetuarii). Wer die Sache selbst vom Nichteigenthümer gekauft hat, soll das Eigenthum ersitzen können, und wer den Ususfructus sich hat bestellen lassen, den Ususfructus: welcher innere Grund läßt sich denken, warum das Recht, welches zwischen beiden in der Mitte liegt, nicht soll eben so erworben werden? Man kann also behaupten, daß die in der Praxis von jeher vorherrschende Meinung, welche eine solche Erwerbung annimmt, wenn sie auch keine ausdrückliche Entscheidung der Quellen für sich hat, doch ganz dem Geiste des neueren römischen Rechtes entsprechend eine Lücke

---

124) Nicht hierher gehört L. 12. §. 2. D. de Publ. act. Denn hier wird ein ager vectigalis, also eine bestehende Emphyteusis, schon vorausgesetzt; sie kann also nicht von der Entstehung, sondern nur von der Uebertragung der Emphyteuse durch Ersitzung verstanden werden. Auch L. 15. §. 26. D. de damno infecto wird mit Unrecht hierher gezogen von Unterholzner a. a. O. Note 689; vgl. Mühlenbruch, pand. §. 297. not. 11. Zur Erklärung dieser Stelle sei noch Folgendes bemerkt: Die missio ex secundo decreto (das possidere iubere) gab dem Immittirten sofort prätorisches oder bonitarisches Eigenthum der Sache (a praetore dominus constitutus, iure dominii possidere iussus, L. 15. §. 16. 17. 33. D. l. c. Cf. L. 26. §. 6. D. de noxal. act. (9. 4.) L. 2. §. 1. D. si ex noxali causa. (2. 9.) Unterholzner, im rhein. Mus. Bd. 1, S. 131. Zimmern, ebendas. Bd. 3, S. 319), und nur um das quiritische Eigenthum zu erwerben, das der Prätor durch sein Decret nicht verleihen konnte, bedurfte er noch der Usucapion, wenn derjenige, gegen welchen er die Immission secundo decreto erwirkt hatte, der wahre Eigenthümer war. Die gegen den Inhaber eines praedium vectigale erwirkte Immission konnte nicht dieselbe Wirkung haben; es konnte hier nicht das possidere iubere in demselben Sinne eintreten, ut usucapere possidendo possit; sed decernendum, ut eodem iure esset, quo foret is, qui non caverat. Darnach aber bedurfte es einer Ersitzung nicht mehr; denn weil das Recht an Vectigalgrundstücken selbst auf dem prätorischen Rechte beruhte (Note 27), so wurde es auch durch das prätorische Decret sofort vollständig auf den Immittirten übertragen post quod decretum vectigali actione uti poterit. Eine besondere Bestimmung für Patrimonialgrundstücke enthält L. 14. Cod. de fund. patrimon.

125) L. 12. in f. Cod. de praescript. longi temp. (7. 33.)

derſelben ausfüllt, die wahrſcheinlich nur zufällig iſt [126]). Auf die Analogie des Pfandrechtes kann man ſich dagegen nicht berufen. Dieſes iſt kein den Inhalt des Eigenthums an ſich beſchränkendes Recht an der Sache; es beſteht weſentlich nur in dem Rechte, den Werth derſelben als Object der Befriedigung für die Forderung in Anſpruch zu nehmen, und deßhalb die Sache zu veräußern. Dieſes weſentliche Recht des Pfandgläubigers aber kann nur einmal durch einen Veräußerungsact ausgeübt werden, wodurch die Sache auf einen Anderen übergeht. Daher iſt es natürlich, daß man hier keine iuris quasi possessio, und ſo auch keine Erſitzung annahm. Bei der Emphyteuſe aber verhält ſich dieſes anders [127]). Will man nun dennoch eine Erſitzung dieſes Rechtes per longum tempus nicht gelten laſſen, ſo ſcheint doch wenigſtens der Erwerb durch dreißig- oder vierzigjährigen Beſitz unumgänglich anerkannt werden zu müſſen. Unleugbar nämlich iſt die Verjährung der Eigenthumsklage auch gegen den als Emphyteuta Beſitzenden möglich. Nun aber verordnet Juſtinian allgemein, wer bona fide beſeſſen habe, ſo lange bis der Eigenthümer exceptione triginta vel quadraginta annorum expulsus est, ſolle dann auch eine actio ad vindicandam eam rem haben; und da nun auch dem Emphyteuta ſonſt eine utilis rei petitio zuſteht, ſo muß man gewiß auch dem als ſolchen Beſitzenden zugeſtehen, ut simili possit uti praesidio [128]). So lange er übrigens nach vollendeter Verjährung noch im Beſitze iſt, kann er gegen den ſich meldenden wahren Eigenthümer leicht die förmliche Anerkennung der Emphyteuſe erlangen, indem er die Vindication deſſelben durch die Einrede der Verjährung ausſchließt, und dieſen dadurch nöthigt, wenn er nicht auf Alles verzichten will, ihn als Emphyteuta anzunehmen.

Ein anderer Fall iſt es, wenn der wahre Eigenthümer ſelbſt die Emphyteuſe factiſch anerkannt, und der Beſitzer ſich als Emphyteuta gerirt hat, eine rechtlich begründete Entſtehung der Emphyteuſe aber doch nicht nachzuweiſen iſt. Hat der Eigenthümer die Emphyteuſe wirklich auf eine an ſich vollgiltige Weiſe eingeräumt, aber durch Irrthum bewogen, z. B. in irrthümlicher Vorausſetzung einer Verbindlichkeit dazu, ſo iſt das Recht an ſich begründet, und es kann nur angefochten werden, ſo weit dieſes auch ſonſt wegen Irrthums im Beweggrunde ſtatthaft iſt, z. B. unter Umſtänden durch condictio indebiti, welche dann als perſönliche Klage nach den allgemeinen Regeln der Verjährung unterliegt. Iſt aber

---

126) Auch der Erſitzung des Uſusfructus wird ja nur in der einzigen L. 12. cit. namentlich erwähnt, und zwar nur beiläufig: veluti ususfructus et ceterae servitutes; wir denken hinzu: vel ius in agro vectigali.

127) Die Anſicht freilich, nach welcher dem Emphyteuta „nicht Eigenes, weder ein corpus noch ein ius, gehört", und ein Beſitz des emphyteutiſchen Rechtes der Natur der Sache undenkbar iſt, gibt einen unwiderleglichen Beweis, daß Erſitzung nicht ſtattfinden könne: „denn was nicht beſeſſen werden kann, das kann auch nicht erſeſſen werden"; Büchel a. a. O. S. 53, dem hierin auch Vangerow, S. 731, beiſtimmt; und es wäre auch das Erſitzen ſehr unnütz, wenn man dadurch doch nichts Eigenes erlangt. Aber vgl. oben Note 28, 55.

128) So nimmt auch Vangerow a. a. O. an.

ſonſt die Conſtitution des Rechtsverhältniſſes eines inneren Mangels wegen nichtig, der auch nicht durch ſpätere ausdrückliche oder ſtillſchweigende Zuſtimmung gehoben wird, ſo wird die ordentliche Erſitzung regelmäßig eben wegen Mangels eines rechtmäßigen Erwerbgrundes auszuſchließen ſein, die außerordentliche aber eben ſo wie im vorigen Falle eintreten können[128a]).

Ein dritter weſentlich verſchiedener Fall endlich iſt der, wenn der wahre Eigenthümer der Sache ſich als Emphyteuta gerirt und als ſolcher einen Anderen, der das Eigenthum ſich beilegt, die Verjährungszeit hindurch factiſch für den Eigenthümer anerkennt. Hier kann die Erſitzung nicht zunächſt als Entſtehungsgrund des emphyteutiſchen Rechtes in Frage kommen, da für die Entſtehung des Verhältniſſes zwiſchen dem vermeintlichen Emphyteuta und dem vermeintlichen Eigenthümer doch noch ein beſonderer Grund vorausgeſetzt werden muß. Die Frage iſt hier vielmehr die, ob der letztere das Eigenthum durch Erſitzung erwerbe, wodurch nur folgeweiſe auch jenes emphyteutiſche Verhältniß befeſtigt würde, eben ſo wie in dem Falle, wenn der Uſucapionsbeſitzer irgend einem Dritten die Emphyteuſe oder ein anderes Recht an der Sache eingeräumt hat und dann die Erſitzung vollendet[129]). Man hat aber dieſe Frage verneint, weil es hier an der weſentlichſten Vorausſetzung der Erſitzung, nämlich am Beſitze, fehle. Denn ſo wenig wie der Pachter ſeiner eigenen Sache, eben ſo wenig könne derjenige, welcher ſich an eigener Sache die Emphyteuſe beſtellen laſſe, als Stellvertreter im Beſitze für den Anderen angeſehen werden[130]). Allerdings nun iſt es Regel, daß Miethe oder Pachtung ſeiner eigenen Sache nichtig ſei, wie auch Depoſitum, Precarium, Pignus u. ſ. w.[131]), inſofern nicht der Vertrag mit Rückſicht auf den bloßen Beſitz geſchloſſen worden[132]); und es wird dieſe Unverbindlichkeit namentlich auch für den Fall ausgeſprochen, wenn der Miether ſein Eigenthum nicht kannte[133]). Iſt aber deßhalb anzunehmen, daß nun in jedem ſolchen Falle der Vermiether oder Verpachter ſofort den Beſitz verliere? Ein innerer Grund dafür iſt nicht zu erſehen. Zum Daſein des Beſitzes iſt erforderlich animus possidendi und Detention; die letzte kann auch ein Anderer für den juriſtiſchen Beſitzer haben. Beides iſt an ſich nicht nach juriſtiſchen Beſtimmungen zu beurtheilen, als abhängig von einem Rechtsverhältniß, ſondern es muß nur factiſch vorhanden ſein. Dieß iſt aber unleugbar der Fall, wenn der Eigenthümer, unbekannt mit ſeinem Rechte, ſeine eigene Sache als Pachter detinirt, im Namen des Verpachters, den er als Eigenthumsbeſitzer anerkennt. Wem ſollte ſonſt auch der juriſtiſche

---

128a) Vgl. L. 11. Cod. de fundis patrimon.

129) Unterholzner a. a. O. S. 249, 250.

130) Unterholzner, S. 255. Mühlenbruch a. a. O.— Göſchen ſcheint ſogar ſchlechthin jeden Beſitz des Erbverpachters, ſo lange der Erbpachter die Sache hat, zu leugnen, ſo daß die Erſitzung auch unterbrochen würde, wenn der Uſucapionsbeſitzer einem Anderen, als dem Eigenthümer, das Grundſtück zur Emphyteuſe gegeben.

131) L. 45. D. de reg. iur. L. 15. D. depositi. (16. 3.)

132) L. 28. 37. D. de poss. (41. 2.) L. 35. §. 1. L. 37. D. de pign. act. (13. 7.)

133) L. 20. cf. L. 23. Cod. de locato. (4. 65.)

Beſitz hier beigelegt werden? Dem Pachter doch nicht? Denn dieſer hat nicht den animus possidendi [134]). Es ſcheint dem civiliſtiſchen Tacte unerträglich, daß der Pachter, nachdem er 10—20—30 Jahre hindurch ſich ſelbſt als Repräſentanten des Verpachters gerirte, dann noch mit der Behauptung ſolle vortreten können, dieſer habe dennoch nicht beſeſſen, alſo auch nicht erſitzen können. Conſequent müßte dann ja auch daſſelbe behauptet werden, wenn der Pachter die Sache bereits reſtituirt hätte, und nun erſt geltend machte, daß ſie ſeine eigene geweſen ſei. Wird der Eigenthümer, nachdem er alieno nomine zu detiniren angefangen, von ſeinem Eigenthumsrechte, und folgeweiſe der Unverbindlichkeit des Vertrages, unterrichtet, oder erwirbt der Detinent ſpäter erſt das Eigenthum, ſo kann er nun freilich in eigenem Namen den Beſitz fortſetzen; aber es würde doch auch dazu einer äußerlichen Bethätigung ſeiner veränderten Willensrichtung bedürfen, und z. B. wahrer Beſitz des Pachters nicht anzunehmen ſein, ſo lange derſelbe factiſch den Verpachter noch immer als Beſitzer anerkennt und den Pachtzins ihm entrichtet [135]). Allein L. 21. D. de usucap. ſagt doch ſehr beſtimmt: wenn der pro herede possidens das Grundſtück dem Eigenthümer verpachte, ſo ſei nicht nur der Vertrag ungiltig, ſondern es folge auch daraus, ut ne possessionem quidem locator retinuerit; ideoque longi temporis praescriptio non durabit? Doch darf man hier wohl die Vorausſetzung hinzudenken, daß dem Contrahenten das Eigenthum des Pachters bekannt geweſen, und jedenfalls, daß es vor Vollendung der Erſitzung geltend gemacht worden. Schwieriger ſind L. 33. §. 5. D. eod. und L. 29. D. de pignerat. act. Sie beziehen ſich auf die Erſitzung einer zu Pfand gegebenen Sache. Die erſte ſagt: es werde die angefangene Uſucapion unterbrochen, wenn der Uſucapionsbeſitzer die Sache dem, wenn auch ſeines Eigenthums unkundigen, Eigenthümer zum Fauſtpfand übergebe: quia non intelligitur quis suae rei pignus contrahere. Die andere ſpricht daſſelbe aus für den Fall, daß der Fauſtpfandgläubiger ſpäterhin das Eigenthum der verpfändeten Sache erwerbe. Enthalten dieſe Stellen nur die Anwendung einer allgemeinen Regel für alle Fälle, in denen nach L. 45. D. de reg. iur. ein Vertrag ungiltig iſt, ſo muß das, was oben aus der Natur der Sache iſt abgeleitet worden, unbedingt aufgegeben werden. Aber in Anſehung des Fauſtpfandes gilt das Beſondere, daß der Pfandgläubiger den ausſchließlichen juriſtiſchen Beſitz der Sache hat, und nur in Rückſicht der Uſucapion, nicht minder zum

---

134) Es iſt auch hier vollkommen anwendbar, was L. 37. cit. ſagt: Per locationem retineo possessionem ... quum et animus mihi retinendi sit, et conducenti non sit animus possessionem adipiscendi. Wenn man den Beſitz durch Repräſentanten für einen blos fingirten Beſitz hält, wie Schmidt in der Zeitſchr. für Civilrecht und Prozeß, Bd. 14, S. 44, ſo iſt freilich begreiflich, daß er nicht anerkannt wird, wo die Repräſentation auf einem ungiltigen Rechtsgeſchäft beruht. Aber von jener Fiction findet ſich ſonſt keine Spur.

135) Und es wäre dann auch noch die Frage, ob er nicht auf Verlangen vorerſt unbedingt den Beſitz reſtituiren müßte, um dann ſein Eigenthum geltend zu machen; L. 25. Cod. de locato; worüber freilich die Meinungen verſchieden ſind. Puchta, Lehrb. §. 353, Note i, §. 296, Note m. — Thon, in der Zeitſchr. für Civilrecht und Prozeß, Bd. 1, S. 24. Schmidt a. a. O.

Vortheil des Pfandgläubigers als des Verpfänders, der Besitz des letzten als fortdauernd angenommen wird. Wenn nun diese Wirkung nicht anerkannt wird, wo die Sache dem vermeintlichen Pfandbesitzer selbst gehört, so möchte man davon nicht ohne Weiteres gleiche Anwendung auf solche Fälle machen dürfen, wo, wie bei einem Miethvertrag, der Detinent wirklich sich nur als Repräsentanten des Anderen betrachtet. Gleichwohl wäre die Analogie für unsere Frage bedeutend, wenn dem Emphyteuta, wie dem Pfandgläubiger, ausschließliche corporis possessio beizulegen wäre. Da dieses aber ungegründet ist, so fällt auch dieses Argument weg. Vielmehr ist unser Fall demjenigen zu vergleichen, wenn der Usucapionsbesitzer dem wahren Eigenthümer den Ususfructus eingeräumt und aus diesem Grunde die Detention der Sache überlassen hat; und wer nicht glaubt, daß dadurch die Usucapion unterbrochen werde, der kann auch nicht annehmen, daß die Einräumung der Emphyteuse an den Eigenthümer diese Wirkung habe [136]).

So viel von den Gründen der Entstehung der Emphyteuse. Von der Uebertragung einer bestehenden Emphyteuse auf einen Anderen ist schon oben gelegentlich gesprochen worden. Es ist hier aber noch die Frage zu untersuchen, ob dieselbe auch durch Verjährung von Einem auf den Anderen übergehen könne. Auch dieses ist in den Quellen nicht ausgesprochen. Diese deuten vielmehr an, daß praedia vectigalia nicht usucapirt werden können [137]). Aber eben die Stelle, welche dieses ausspricht, berechtigt zu der Annahme, daß doch longi temporis praescriptio in dieser Beziehung anerkannt war, da eine analoge Anwendung der Publiciana actio, welcher die Fiction der Usucapion zum Grunde lag, auf einen Fall, in welchem nicht eine der Usucapion analoge Ersitzung eintreten konnte, sehr unwahrscheinlich ist, die blos beiläufige Verneinung der usucapio bei Vectigalgrundstücken aber nach dem von den Justinianischen Compilatoren angenommenen Sprachgebrauche gegen die Zulässigkeit der longo tempore capio kein sehr gewichtiges Bedenken erregen kann [138]). Nimmt man

---

136) Ein bedeutendes Argument für die Richtigkeit der hier vertheidigten Ansicht gibt auch L. 20. Cod. de agricolis. (11. 47.) Darnach soll der Zweifel darüber, utrum is terrae dominus est necne, an ipsi coloni dominium terrae suae possident, durch longi temporis praescriptio ausgeschlossen werden, wenn die Besitzer so lange als Colonen dem Herrn die entsprechenden Leistungen gezollt haben, d. h. also, es soll diesem, wenn er es auch früher nicht hatte, das Eigenthum der Grundstücke erworben sein, deren Besitz doch nur die Eigenthümer selbst für ihn ausgeübt hatten. Vgl. Wangerow a. a. O. S. 730, Anm. 1. Wening-Ingenheim (5. Ausg.), Bd. 2, §. 113, Note q.

137) L. 12. §. 2. D. de Publ. act. (6. 2.)

138) Es ist schon von Anderen bemerkt worden, daß in den Worten der L. 12. §. 2. cit.: In vectigalibus vel in aliis praediis, quae usucapi non possunt, wahrscheinlich eine Interpolation enthalten sei, wodurch die Erwähnung der praedia provincialia ausgemerzt worden, die auch nicht usucapirt werden konnten, bei denen aber gerade die longi temporis praescriptio vorzüglich zur Anwendung kam. Bekannt ist auch, daß in der Justinianischen Compilation die Bezeichnung usucapio in Beziehung auf unbewegliche Sachen absichtlich vermieden und dafür longo tempore capio gesetzt worden ist, so daß man die Worte quae usucapi non possunt, leicht einmal stehen lassen konnte, ohne die Absicht,

eine constitutive Ersitzung der Emphyteuse an, so nöthigt schon die Consequenz, da es sich hier von einem veräußerlichen Rechte handelt, zur Anerkennung auch der Möglichkeit einer translativen Ersitzung derselben. Durch Uebertragung einer schon bestehenden Emphyteuse kann man ja eben so vollkommen das emphyteutische Recht erworben zu haben glauben, wie durch Einräumung vom Eigenthümer, und es wäre eine sehr auffallende Inconsequenz, wenn ein solchergestalt rechtmäßig entstandener Besitz des Rechtes zwar gegen den Eigenthümer die Wirkung der Ersitzung haben sollte, nicht aber gegen den bisherigen Emphyteuta. Wer nun auch hier die ordentliche Ersitzung nicht statthaft findet, der muß doch wenigstens die außerordentliche Ersitzung auch in dieser Beziehung als möglich zugeben [139]).

Endlich sind nun noch die Gründe der Aufhebung des emphyteutischen Rechtes anzugeben. Von selbst versteht sich, daß dasselbe aufgehoben werde durch gänzlichen Untergang des Gegenstandes [140]), durch Confusion, durch Rescission der Entstehung des emphyteutischen Rechtes oder des Erwerbes des Constituenten, durch Vertrag zwischen dem Emphyteuta und dem Eigenthümer. Zweifelhaft ist es, ob auch durch einseitiges Aufgeben des Emphyteuta (Dereliction)? Dieß wird von Vielen aus dem Grunde gänzlich verworfen, weil mit der Emphyteuse ein gegenseitiges obligatorisches Verhältniß verbunden sei, welches nicht einseitig von einem Theile aufgelöst werden könne [141]). Die in der Praxis, wie es scheint [142]), vorherrschende Meinung ist aber, daß Dereliction dem Emphyteuta allerdings gestattet sei, und diese Ansicht hat auch gute theoretische Gründe für sich. Als das Charakteristische bei der Einräumung der Emphyteuse wird nur bezeichnet, daß dem Pachter und dessen Nachfolgern das Grundstück nicht entzogen werden solle, so lange der Canon gezahlt wird, und dadurch wird angedeutet, daß hier nicht die Zahlung des letzten als eine prinzipale gegenseitige Verbindlichkeit gedacht wird, wie bei dem gewöhnlichen Pachtverhältniß [143]). Auch beweist die Möglichkeit, dem Eigenthümer durch Veräußerung selbst gegen seinen Willen einen anderen Emphyteuta zu substituiren, daß hier die Contractsverbindlichkeit auf Seiten des Emphyteuta eine viel freiere Natur und eine mehr nur secundäre Bedeutung hat. Es wäre auch eine harte Bestimmung, daß theilweiser Unter-

---

dadurch auch die longi temporis praescriptio in Abrede zu stellen. So wird auch die usucapio der Servituten verneint; ja in einer Stelle (L. 10. §. 1. D. de usucap.) sogar auch in Beziehung auf sie mit der geläufigen Interpelation für usucapi gesagt: ut per se longo tempore capi non possint; während es doch unzweifelhaft ist, daß sie longo tempore, longa quasi possessione quaeruntur. L. 2. Cod. de servitut. L. 10. pr. D. si servit. vind.

139) Dieß geschieht hier selbst von Unterholzner a. a. O. S. 257, der eine begründende Verjährung gar nicht anerkennt.

140) L. 1. Cod. h. t.

141) Thibaut, §. 780, Note u. Göschen, Vorles. Bd. 2, H. 1, S. 304. Vgl. die bei Glück, S. 530, allegirten Schriftsteller.

142) Nach Glück, S. 532 (Note 9).

143) Vgl. oben Note 3.

gang des Gegenstandes nimmermehr eine Verminderung in den Verpflichtungen des Emphyteuta bewirken soll, wenn dieser sich nicht durch Dereliction seines Rechtes den Verpflichtungen entziehen könnte [144]). Natürlich aber kann er den schon entstandenen speciellen Verbindlichkeiten, sei es in Ansehung rückständigen Canons oder in Betreff der Deterioration der Sache, nicht entgehen, wenn er auch derelinquiren will. Streitig ist auch, wie fern durch Verjährung die Emphyteuse erlöschen könne? Natürlich muß dadurch das Recht der Emphyteuse dem bisherigen Emphyteuta entzogen werden, insofern eine Ersitzung desselben von Seiten eines Anderen stattgefunden hat; und wenn etwa der Emphyteuta selbst das Eigenthum durch Ersitzung erworben hat, was ohne Zweifel möglich ist, wenn er als vermeintlicher Eigenthümer besaß, so muß die Emphyteuse durch Confusion erlöschen [145]). Gewiß ist es auch, daß die allgemeine Klagenverjährung auf die Klage zur Geltendmachung des emphyteutischen Rechtes Anwendung findet; und da nach Justinianischem Rechte der Besitzer in gutem Glauben (welchem nach heutigem Rechte allein die Verjährung der Klage zu statten kommt), nachdem er einmal die Einrede der dreißig- oder vierzigjährigen Verjährung erlangt hat, auch eine actio ad vindicandam rem haben soll, und kein Grund zu ersehen ist, warum nicht diese Vindication auch gegen den Emphyteuta eben so gut wie gegen den Eigenthümer statthaben sollte, so wird durch jene Verjährung in der That auch das Recht der Emphyteuse aufgehoben [146]). Aber mit gutem Fug geht die herrschende Meinung noch weiter und nimmt an, daß auch durch die ordentliche Ersitzung des Eigenthums per longum tempus der Ersitzende eben so gegen die Emphyteuse wie gegen das Pfandrecht eines Anderen gesichert werde, natürlich unter der Voraussetzung, daß er sich auch in Beziehung auf die Emphyteuse in bona fide befunden und die Sache als vermeintlich unbeschränkter Eigenthümer besessen habe [147]). Räumt man aber dem fremden Besitzer eine Ersitzung mit solcher Wirkung ein, so kann man ohne Inconsequenz nicht dem wahren Eigenthumserwerber, der das volle unbeschränkte Eigenthum erworben zu haben glaubt und die

---

144) Vgl. oben Note 75—81. Buri, S. 222—230. Unterholzner, Schuldverhältnisse, Bd. 2, S. 364, 365. Wening-Ingenheim, Bd. 2, §. 218. Puchta, Lehrb. §. 173. Etwas Besonderes gilt freilich in Ansehung der kaiserlichen Erbpachtgüter. L. 3. Cod. de fund. patrimon. Aber für diese mußte auch Caution geleistet werden bei der Uebernahme, L. 7. Cod. ibid., und diese Versicherungssumme mußte dann freilich der Derelinquent einbüßen. Unterholzner a. a. O. Note e. Wenn man mit Mühlenbruch (pand. §. 297, not. 15) die Dereliction blos als tacita remissio iuris gelten läßt, so kann man nicht, wie er gleichwohl es thut, die L. 3. cit. als Ausnahme anführen. Die Frage ist nur, ob wider Willen des Eigenthümers das emphyteutische Verhältniß aufgelöst werden könne.

145) Vangerow, Pand. Bd. 1, S. 732. Mit Unrecht nimmt Glück, S. 548, hier nur eine dreißig- oder vierzigjährige Ersitzung als möglich an.

146) Verkannt wird diese Consequenz von Göschen, S. 305.

147) Unterholzner a. a. O. S. 259, Nr. 1. Puchta, §. 173. Vangerow a. a. O. Wening-Ingenheim, §. 117, Note w, führt mit Unrecht Unterholzner als Dissentienten an. — Vgl. übrigens L. 2. Cod. ne rei dom. (7. 38.)

Ersitzungszeit hindurch ausgeübt hat, gleichen Schutz absprechen. Es wäre wahrlich absurd, wenn derjenige, der vom wahren Eigenthümer die Sache erwirbt und deßhalb in Ansehung des Eigenthums der Ersitzung nicht mehr bedarf, von dem Rechte des Emphyteuta aber nichts weiß, weniger gesichert sein sollte, als derjenige, welcher sonst in gleicher Lage mit ihm sich befindet, aber vom Nichteigenthümer erworben hat und deßhalb noch erst das Eigenthum ersitzen muß. Eine andere Frage aber ist es, ob der Constituent der Emphyteuse oder dessen Universalsuccessor die Freiheit von der Emphyteuse durch Ersitzung erwerben könne? Dieser wird sich allerdings nur durch die dreißig- oder vierzigjährige Verjährung gegen den Emphyteuta schützen können [148]).

Nach der Natur der Sache muß ferner die Emphyteuse auch erlöschen, wenn der Emphyteuta stirbt und keine Erben hinterläßt, welche in das emphyteutische Rechtsverhältniß succediren können [149]). Außerdem endlich kann der Emphyteuta aus verschiedenen Gründen zur Strafe seines Rechtes verlustig werden, nämlich 1) wenn er das emphyteutische Grundstück deteriorirt [150]). Dieß ist zwar in den Gesetzen nur in Beziehung auf kirchliche Emphyteusen ausdrücklich ausgesprochen; es wird aber nach der in der Praxis angenommenen Ansicht auch auf andere angewendet. 2) Wenn er drei Jahre nach einander, oder bei kirchlichen Emphyteusen nur zwei Jahre, mit Zahlung des Canons im Rückstande geblieben ist. Es kommt dabei nicht auf die gewöhnlichen Voraussetzungen einer mora in solvendo an; der Emphyteuta soll unaufgefordert zur gehörigen Zeit den Canon entrichten. Wenn der Eigenthümer sich weigert, die Zahlung anzunehmen, so kann jener sich durch gerichtliche Deposition des zu Zahlenden gegen die Gefahr der Privation sicher stellen [151]). Auch genügt es nicht, um diese Gefahr abzuwenden, daß jährlich wenigstens ein Theil des Canons gezahlt worden ist, sondern, wenn nur für drei nach einander folgende Jahre nicht der ganze Canon gezahlt worden ist, so ist der Privationsfall eingetreten. Die abweichenden Meinungen mancher Rechtsgelehrten über diesen Punkt beruhen auf der ungegründeten Annahme, daß der Canon nur in recognitionem dominii gegeben werde, welche auch schon in der Zahlung eines Theiles des Canons sich ausspreche, und sind selbst unter dieser Voraussetzung nicht einmal zu rechtfertigen [152]). Freilich aber, wenn der Emphyteuta im Verlauf von drei Jahren durch Theilzahlungen den ganzen Canon auch nur eines Jahres abgetragen hat, so kann man ihm nicht mehr einen dreijährigen Rückstand Schuld geben. Daraus übrigens, daß der ganze Canon gezahlt werden muß, ergibt sich von selbst eine Art von solidarischer Haftung derjenigen, welchen eine ungetheilte Emphyteuse gemeinschaftlich zusteht, z. B. mehrerer Erben des ursprüng-

148) Nur mit dieser Beschränkung kann man der Bemerkung von Wening-Ingenheim a. a. O. Note y beistimmen.

149) Arg. Nov. 7. cap. 3. Vgl. Glück, S. 522 flg.

150) Nov. 120 cap. 8.

151) L. 2. Cod. h. t. Nov. 7. cap. 3. §. 2. Nov. 120. cap. 8. cf. L. 54. §. 1. L. 56. D. locati. (19. 2.)

152) Glück, S. 429—432.

lichen Emphyteuta. Obwohl unter dieſen die perſönliche Verbindlichkeit zur Zahlung des Canons pro portionibus hereditariis getheilt iſt, ſo hat doch der dominus emphyteuseos das Recht, die ganze Emphyteuſis einzuziehen, wenn auch nur durch die Nichtzahlung eines derſelben ein dreijähriger Rückſtand des Canons eingetreten iſt, vorausgeſetzt, daß nicht der Eigenthümer eine reelle Theilung unter den Miterben anerkannt hat. Um jener Gefahr zuvorzukommen, müſſen alſo Alle darauf bedacht ſein, daß der ganze Canon gehörig entrichtet werde [153]). Ungegründet aber iſt es, wenn man die Verbindlichkeit mehrerer Theilnehmer ſchlechthin eine ſolidariſche genannt hat [154]), woraus folgen würde, daß auch die emphyteuticaria actio auf Zahlung der jährlich fälligen Abgabe gegen jeden in solidum ſtattfinde, während nur die wegen dreijährigen Rückſtandes eintretende Privation in solidum geht [155]). Die Meinung, daß der Canon nicht durch Compenſation getilgt werden könne [156]), beruht ebenfalls lediglich auf der falſchen Vorſtellung, er werde in recognitionem dominii gegeben, iſt alſo zu verwerfen. 3) Wenn er in Entrichtung der öffentlichen Abgaben drei Jahre lang ſäumig geweſen iſt; in welcher Beziehung auch bei kirchlichen Emphyteuſen keine kürzere Friſt geſetzt iſt [157]). Das Geſetz verlangt ſogar die Einhändigung der Quittungen über die gezahlten Steuern. Doch aber iſt dieſes wohl nicht ſo ſtreng zu nehmen, daß die Unterlaſſung dieſer Einhändigung bei wirklicher und gegen weitere Anforderung ſicher ſtellender Zahlung ſchon genügenden Grund zur Privation enthalte. 4) Wenn den geſetzlichen Vorſchriften in Betreff der Veräußerung des emphyteutiſchen Rechtes an einen Anderen zuwidergehandelt iſt; es ſei nun, daß der beabſichtigte Verkauf gar nicht oder nicht redlich, und insbeſondere mit Angabe des wahren Preiſes, angezeigt worden, um dem Herrn zur Ausübung ſeines Vorkaufrechtes Anlaß zu geben, oder daß bei irgend einer anderen Veräußerung das Geſuch um Annahme des neuen Emphyteuta unterlaſſen und dieſer ohne Weiteres in den Beſitz geſetzt worden iſt [158]). Daß nun, wo ein

153) Es iſt hier die Analogie des Pfandrechtes anwendbar. L. 2. Cod. si unus ex plur. hered. (8. 32.) Aber die Emphyteuſe haftet nicht etwa blos als Pfand für den Canon; ſondern wenn die Privation wegen Nichtzahlung deſſelben vollzogen wird, ſo werden dadurch die vom Emphyteuta ſonſt beſtellten Pfandrechte ſchlechthin aufgehoben; daher ſind die Pfandgläubiger weſentlich dabei intereſſirt, daß der Canon richtig gezahlt werde. L. 31. D. de pignor. (not. 45.)

154) Thibaut, Syſtem, §. 778. Wening-Ingenheim, Bd. 2, §. 109 a. E. — L. 7. pr. D. communi div. beweiſt es nicht. Vgl. oben Note 47.

155) Unterholzner a. a. O. S. 369.

156) Glück, S. 440.

157) L. 2. Cod. cit.: Si per totum triennium neque pecunias (d. i. den Canon) solverit, neque apochas domino tributorum reddiderit. Das neque-neque hat auch ſchon die Meinung veranlaßt, es werde zur Privation bei weltlichen Emphyteuſen die Nichtzahlung ſowohl des Canons als der öffentlichen Abgaben vorausgeſetzt. Lang, Inſtitut. §. 194. Aber vgl. im Anfang der Conſtitution die Worte: si solitam pensionem vel publicarum functionum etc., und Nov. 7. cap. 3. §. 2, wo für kirchliche Emphyteuſen offenbar nur in Rückſicht der Zeit etwas Beſonderes feſtgeſetzt werden ſoll.

158) L. 3. Cod. h. t. Vgl. Note 84—98.

solcher Privationsgrund eingetreten ist, der Eigenthümer nicht eigenmächtig den Emphyteuta aus dem Besitz setzen könne, versteht sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst, zumal da auch die Frage selbst, ob jenes der Fall sei, sehr streitig sein kann. Der Eigenthümer muß also auf Entsetzung des weigernden Emphyteuta klagen (sogen. Privationsklage), sei es mit der Klage aus dem emphyteutischen Contracte, oder auch mit der Eigenthumsklage. Auch diese letzte ist zulässig [158a]); denn nicht erst durch den Richterspruch wird dem Emphyteuta sein Recht entzogen, sondern er verliert es unmittelbar in Folge seines rechtswidrigen Verhaltens, und der Richter entscheidet nur darüber, ob dieser Fall eingetreten sei. Der Emphyteuta kann daher auch die Privation nicht mehr abwenden, nachdem der gesetzliche Grund derselben einmal eingetreten, wenn gleich er hinterher sich noch beeilt, seinen Verpflichtungen zu genügen. Nach canonischem Rechte kann man jedoch nicht umhin, anzuerkennen, daß durch nachträgliche Zahlung des Canons (und so wohl auch der öffentlichen Abgaben), bevor der Eigenthümer seinen Willen, die Privation auszuüben, ausgesprochen hat, diese noch abgewandt werde [159]). Jedenfalls wird dieselbe nicht ohne den Willen des Herrn vollzogen; und wenn daher dieser noch für spätere Zeit nach bereits eingetretenem Privationsgrunde die Zahlung des Canons ohne Widerrede angenommen hat, so liegt darin eine stillschweigende Verzichtleistung auf das entstandene Privationsrecht und Einwilligung in die Fortdauer des emphyteutischen Verhältnisses. Nicht aber läßt sich dasselbe auch für den Fall behaupten, wenn er nur den rückständigen Canon ohne Vorbehalt angenommen hat; denn auf dessen Zahlung hat er unter allen Umständen ein Recht, auch wenn er die Privation durchsetzt [160]).

Auf welche Weise auch die Emphyteuse sich enden möge, so ist der gewesene Emphyteuta oder dessen Erbe immer verpflichtet zur Entrichtung des noch rückständigen Canons und der fällig gewordenen öffentlichen Abgaben, zur Restitution der Sache, sofern sie noch existirt, zum Ersatz für deren verschuldete Deterioration, und zum Ersatz der Früchte, so weit er die Sache länger, als ihm gebührte, behalten und dem Eigenthümer den

---

158a) Vgl. Nov. 7. cap. 3. §. 2, nach Hombergk's Uebersetzung.

159) Cap. 4. X. de locat. conduct. (3. 18.): Emphyteuta quoque ... cessando in solutione canonis per biennium, nisi celeri satisfactione postmodum sibi consulere studuisset, iuste potuisset expelli. Man kann dagegen nicht einwenden, daß diese Stelle sich nur auf kirchliche Emphyteusen beziehe; denn es soll darin offenbar nur eine allgemeine Regel angewandt werden. Man kann auch nicht sagen, es werde hier vorausgesetzt, daß der Eigenthümer, durch die nachträgliche Zahlung zufrieden gestellt, auf die Privation verzichtet habe. Denn das argumentum a contrario führt nothwendig zu dem Schlusse: non potuisset expelli, si celeri satisfactione sibi consulere studuisset. Es kann aber auch, nach den Worten celeri satisfactione, nicht behauptet werden, daß bis zur Anstellung der Privationsklage die Mora noch purgirt werden könne. Vergl. über die verschiedenen Ansichten Glück, S. 438.

160) Nov. 120. cap. 8: Et quae debentur solum pro praecedente tempore ... exigere, et eiicere de emphyteusi. Vergl. Buri, S. 238 flg. Glück, S. 432 flg.

Fruchtgenuß entzogen hat. Wiefern er dagegen Erſatz für Verwendungen auf die Sache fordern könne, darüber ſind die Meinungen wieder ſchwankend. Für den Fall der Privation, wenigſtens wegen Nichtzahlung des Canons und der öffentlichen Abgaben, und bei kirchlichen Emphyteuſen auch wegen Deterioration, wenn in dieſem Falle überhaupt die Rede davon ſein kann, beſtimmt das Geſetz ausdrücklich, daß er keinen Erſatz der Meliorationen fordern könne[161]), und dieſes entſpricht auch der Natur des Verhältniſſes ſo wohl, daß man ſich über die in der Praxis hierin befolgte Milderung wundern muß; denn ſonſt könnte ja der Emphyteuta durch rechtswidriges Benehmen den Eigenthümer gewiſſermaßen zwingen, die Sache gegen Vergütung ſeiner Meliorationen wieder an ſich zu nehmen. Offenbar unzuläſſig iſt ein ſolcher Anſpruch auch dann, wenn der Emphyteuta die Emphyteuſe derelinquirt. In anderen Fällen aber erſcheint jene Gegenforderung allerdings der Billigkeit gemäß, inſofern der Emphyteuta Verwendungen zum wirklichen Vortheil der Sache gemacht hat, welche über ſeine Verpflichtungen hinausgingen.

Bisher ſind die Grundſätze dargeſtellt worden, welche der Regel nach bei Beurtheilung des emphyteutiſchen Rechtsverhältniſſes zu befolgen ſind. Zum Schluß iſt nun noch die Frage zu beantworten, welche Aenderungen darin durch beſondere Feſtſetzung bewirkt werden können. Im Allgemeinen iſt die Zuläſſigkeit von beſonderen Verabredungen (pactiones) hierbei in weiteſter Ausdehnung anerkannt[162]). Es kann, ohne daß das Verhältniß aufhört, Emphyteuſe zu ſein, die Pachtung auf eine beſtimmte Zeit beſchränkt werden, nach deren Ablauf ſie dann von ſelbſt erliſcht[163]); es kann auch die Vererblichkeit und Veräußerlichkeit ausgeſchloſſen oder beſchränkt werden, ſei es in Rückſicht der Perſonen, an welche, ſei es in Rückſicht anderer Vorausſetzungen, unter welchen ſie ſtatthaben ſolle[164]); es kann auch insbeſondere die Abgabe für die Annahme eines neuen Emphyteuta zum Vortheil des Eigenthümers höher, als das Geſetz ſie beſtimmt, geſtellt werden[165]); und ſo können noch andere Beſtimmungen, den Vortheil des Eigenthümers bezweckend, getroffen werden. Auf der anderen Seite aber können auch die mannigfaltigſten Abweichungen von der Regel zum Vortheil des Erbpachters beliebt werden: er kann z. B. befreit werden von den geſetzlichen Beſchränkungen und Verpflichtungen in Betreff der Veräußerung ſeines Rechtes, namentlich auch von der Nothwendigkeit, die Quinquageſima zu zahlen[166]); er kann mehr begünſtigt

161) L. 2. Cod. h. t. Nov. 7. 120. l. c.

162) L. 1. Cod. h. t. §. 3. J. de locat.

163) L. 3. D. h. t. Nov. 7. cap. 3. Ueber das Maß der Zeit wird nichts beſtimmt.

164) L. 3. Cod. h. t. Nov. 7. cit.

165) L. 3. Cod. tit. ſagt zwar: non amplius eis liceat nisi quinquagesimam partem accipere. Aber die ganze Verordnung beabſichtigt nur feſtzuſetzen, was gelten ſolle, sin nulla pactio interposita vel forte instrumentum emphyteuseos deperditum est. Unterholzner, Schuldverhältniſſe, S. 367, Note f. Ueber die Frage, ob durch unvordenkliche Verjährung das Recht auf ein höheres Laudemium geſichert werden könne, vgl. Buri, S. 193.

166) L. 3. Cod. cit.

werden in Betreff des periculum rei [167]), oder in Betreff der Privationsgründe; ja es kann die Privation ganz ausgeschlossen werden [168]) u. s. w. Aber die Entrichtung eines Pachtzinses, wie gering er auch sei, für die mit dinglichem Rechte überlassene Benutzung des Grundstückes, muß jedenfalls festgesetzt sein, wenn das Verhältniß überhaupt noch auf den Namen der Emphyteuse Anspruch haben soll. Arndts.

**Enterbung** [1]) ist die vom Testator absichtlich erklärte Ausschließung einer Person von der Erbfolge, auf welche dieselbe sonst Anspruch machen könnte. **Exheres esto** war den Römern der übliche Ausdruck dafür; daher **exheredatio**, das Gegentheil der Erbeinsetzung **heres esto**. Indem aber der Begriff nur auf die Erbfolge im eigentlichen Sinne bezogen wird, so verträgt sich damit wohl die Zuwendung von Vermögensvortheilen durch Vermächtniß [2]). Verschieden von der Enterbung ist die Uebergehung, Präterition, d. i. stillschweigende Ausschließung durch Nichteinsetzung einer Person, während andere Personen zu Erben eingesetzt werden. Die Unterscheidung beider Begriffe hat jedoch nur insofern Bedeutung, als gewisse Personen nicht übergangen werden dürfen, sondern ausdrücklich ausgeschlossen werden müssen, wenn sie nicht zur Erbfolge gelangen sollen. Und nur in Beziehung auf solche Personen ist von Enterbung im wahren Sinne die Rede; bei anderen ist die ausdrückliche Erklärung, daß sie keinen Theil an der Erbschaft haben sollen, überflüssig, da die bloße Uebergehung eben so viel wirkt [3]).

Doch bedienten sich die Römer der Formel **exheres esto** auch um einem eingesetzten Erben die durch diese Einsetzung gegebene Aussicht auf die Erbschaft unter bestimmten Voraussetzungen wieder zu nehmen, und sprachen daher auch in dieser Beziehung von **exheredatio**, obwohl dieß im Erfolg dasselbe war, als ob der Erbeinsetzung die entgegengesetzte Bedingung hinzugefügt wäre. So war es nach älterem Rechte bei der Einsetzung **cum cretione** üblich, ausdrücklich hinzuzusetzen: **quodni ita creveris, exheres esto** [4]), und dieß hatte eine stärkere Wirkung, als die **cretio sine exheredatione data**; denn im letzten Falle war der Eingesetzte nicht von der Erbschaft ausgeschlossen, wenn gleich er nicht der Vor-

---

167) L. 1. Cod. h. t.

168) L. 2. Cod. h. t. Der Emphyteuta kann für den Fall der Nichterfüllung seiner Verbindlichkeiten noch eine besondere Conventionalstrafe versprochen haben; aber daraus folgt noch nicht, daß der Herr auf das gesetzliche Privationsrecht verzichten wolle. Darauf sind wohl in L. 2. cit. die Worte nulla ... vel poena opponenda zu beziehen. Glück, S. 424.

1) Inst. de exheredatione liberorum. (2. 13.) Dig. de liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis. Cod. de liberis praeteritis et exheredatis. (6, 28.) De postumis heredibus instituendis vel exheredandis vel praeteritis. (6. 29.)

2) §. 1. in f. J. h. t. Ulp. XXII. 21. L. 12. D. de inoff. test. (5. 2.)

3) L. 132. pr. D. de V. O. (45. 1.): Exheredationem vel emancipationem, res in extraneo ineptas.

4) Cai. II. 165. 174. Ulp. XXII. 27. 33.

ſchrift gemäß cernendo hereditatem adibat, ſondern der ihm für dieſen Fall Subſtituirte trat nur als bedingt eingeſetzter Miterbe neben ihn [5]). Ein gleicher Gebrauch in anderer Anwendung findet ſich auch noch in einigen Stellen des Juſtinianiſchen Rechtes [6]), bei welchen die Annahme, daß die inſtituirten und auf einen gewiſſen Fall wieder exheredirten Perſonen Hauskinder ſeien [7]), ganz ungegründet und unzuläſſig iſt; denn es iſt darin von aditio hereditatis die Rede, und dieſes weiſt geradezu auf extranei heredes hin, zumal in der einen Stelle, in welcher wegen Ungiltigkeit der conditio fraudis causa adscripta die Erbeinſetzung als unbedingte behandelt wird [8]). Aber auch um ſchlechthin, ohne beſondere Vorausſetzung, eine vorhergehende Erbeinſetzung in demſelben Teſtamente zurückzunehmen, gebrauchte man die Exheredationsformel, und wenigſtens im Soldatenteſtament wurde dadurch die Erbeinſetzung auch wirklich vernichtet [9]). In derſelben Stelle aber, welche dieſes ausſpricht, hat man freilich den Beweis finden wollen, daß in anderen, als Soldatenteſtamenten, jene exheredatio überall unwirkſam ſei und ungeachtet derſelben die Einſetzung beſtehen bleibe [10]). Allein, wenn man die bewährte Lesart des Schlußſatzes dieſer Stelle zum Grunde legt [11]), ſo kann man jenen Beweis nur mittelſt einer ſehr unbefriedigenden Erklärung darin finden [12]).

---

5) Cai. l. c. §. 177. 178. Ulp. §. 34. Im ſpäteren Rechte iſt dieſe cretionum scrupulosa solennitas aufgegeben. L. 17. Cod. de iure delib. (6. 30.)

6) L. 44. D. de hered. instit. (28. 5.) L. 41. §. 8. D. de legat. III. L. 27. D. ad leg. Falcid. (35. 2.)

7) So Mühlenbruch in der Fortſ. von Glück's Erläuter. der Pand. Bd. 36, S. 402.

8) L. 27. cit.: Perinde adire posse, ac si ea conditio ... adscripta non esset. Auch L. 44. cit. gibt gar keine Veranlaſſung, an Hauskinder zu denken, da es nach Note 4, 5, gewiß iſt, daß eine exheredatio in dieſer Bedeutung auch bei eingeſetzten fremden Erben üblich war.

9) L. 17. §. 2. D. de test. milit. (29. 1.) Es konnte hierbei ſchon nach älterem Rechte auf die Exheredationsform nicht einmal ankommen, da in Soldatenteſtamenten überall die klare Abſicht ohne Rückſicht auf Form entſcheiden ſoll.

10) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 403.

11) Quum in paganorum testamento sola hereditas exheredatione adimi non possit. Mühlenbruch ſchreibt freilich: sola exheredatione hereditas, und macht S. 405, Note 99a, gegen die Beziehung des Wörtchens sola auf hereditas die mißbilligende Bemerkung: „der ganze Zuſammenhang bietet doch wahrlich nicht die geringſte Veranlaſſung, dem Juriſten eine ſo unnatürliche Conſtruction Schuld zu geben." Aber die bewährteſten Ausgaben haben alle sola hereditas exheredatione und erwähnen nicht einmal einer Variante; es ſcheint daher die Mühlenbruch'ſche Lesart auf einem Verſehen zu beruhen. Uebrigens fehlt auch in manchen Handſchriften die Negation vor possit.

12) Man müßte nämlich interpretiren: während in dem Teſtamente eines Paganus die hereditas, aber dieſe allein unter allen teſtamentariſchen Verfügungen, nicht durch exheredatio kann zurückgenommen werden. Denn sola muß auf hereditas bezogen werden, wenn man nicht dem Juriſten eine unnatürliche Conſtruction Schuld geben will, die ſich nur, wenn er in Verſen ſchriebe, rechtfertigen ließe. Aber es wäre in dieſer Verbindung ganz unmotivirt, zu ſagen, daß nur allein die hereditas nicht zurückgenommen werden könne, und es wäre

Mit beſſerem Rechte kann man ſich darauf vielmehr gerade zum Beweiſe des Gegentheiles berufen. Der fragliche Satz kann, wenn man jedem Worte die ihm gebührende Bedeutung beilegt, nicht füglich anders verſtanden werden, als entweder: im Teſtamente eines Paganus könne nicht die hereditas für ſich allein durch exheredatio genommen werden, ſondern es müſſe dann auch der geſammte übrige Inhalt des Teſtamentes fallen [13]); oder: es könne nicht die einzige hereditas, d. i. die einzige im Teſtamente enthaltene Erbeinſetzung, durch exheredatio aufgehoben werden, weil damit nothwendig das ganze Teſtament fallen müßte[14]). Dieſe letzte Erklärung ſcheint die richtige; doch kann auch der anderen eine ſolche Wendung gegeben werden, daß ſie im Reſultate mit derſelben übereinſtimmt; nämlich: es kann nicht die hereditas allein, ohne den ganzen Inhalt des Teſtamentes zu zerſtören, zurückgenommen werden, und eben daher iſt die exheredatio in Beziehung auf die einzige darin enthaltene Erbeinſetzung ungiltig, da der Teſtator nicht das ganze Teſtament mag umſonſt gemacht haben. Dieſes wird auch ſehr unterſtützt durch eine andere Stelle, in welcher, wenn nicht derſelbe, doch ein ganz ähnlicher Fall auf gleiche Weiſe entſchieden wird [15]). Dafür aber,

---

ſogar abſurd, zu ſagen, daß nur allein die hereditas durch exheredatio nicht genommen werden könne, da durch exheredatio, wenn nicht die hereditas, doch gewiß keine andere letztwillige Verfügung aufgehoben wird.

13) Dieß iſt die Erklärung des Cujacius ad L. 13. §. 1. D. h. t. (opp. edit. Neapol. I. p. 1064), die auch von mehreren Anderen gebilligt iſt. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. Note 99, 99a.

14) Es möchte gewaltſam ſcheinen, sola hereditas auf dieſe Weiſe zu erklären; aber oft genug iſt eines solus heres scriptus erwähnt, z. B. in L. 4. §. 1. D. de cond. institut. (28. 7.) L. 1. §. 4. D. de hered. instit. (28. 5.) L. 52. 68. D. de acquir. hered. (29. 2.), und es konnte der Kürze wegen wohl auch jener Ausdruck gerechtfertigt erſcheinen. Oder ſollte vielleicht tota hereditas zu leſen ſein? Vgl. die folg. Anm.

15) L. 1. §. 4. D. de his quae in test. delentur. (28. 4.) Et hereditatis portio ademta vel tota hereditas, si forte sit substitutus, iure facta videbitur; non quasi ademta, quoniam hereditas semel data facile adimi non potest, sed quasi nec data. Verſteht man dieſe Stelle auch mit Mühlenbruch, S. 399, von einem Ausſtreichen (inducere) der Erbeinſetzung, ſo deutet ſie doch an, daß noch eine andere giltige Erbeinſetzung im Teſtamente enthalten ſein müſſe, damit die ademtio iure facta videatur. Zudem bezeichnet adimere wenigſtens vorzüglich ein Zurücknehmen durch eine entgegengeſetzte Erklärung, im Gegenſatze von inducere, alſo bei der Erbeinſetzung wohl gerade durch exheredatio, etwa auch durch Ueberſchreiben, daß etwas nicht gelten ſolle. L. 1. pr. in f. D. l. c., pr. J. de ademtione legatorum. (2. 21.) Was aber den Zwiſchenſatz: quoniam hereditas etc. betrifft, ſo erklärt ſich dieſer auf folgende Weiſe. Die hereditas iſt eigentlich erſt data, wenn der Teſtamentsact vollzogen iſt; alsdann kann ſie nicht mehr, wie das legatum oder die libertas, durch eine bloße Gegenerklärung genommen werden, ſo wenig wie ſie im Codicill gegeben werden kann; wenn aber im Teſtamente ſelbſt ſchon erklärt iſt, daß die Erbeinſetzung nicht gelten ſolle, ſo iſt ſie eigentlich nicht data, daher auch in Wahrheit nicht ademta. Oder auch: die hereditas, einmal gegeben, kann nicht, wie das Legat, durch eine jede Verfügung von entgegengeſetztem Inhalte wieder genommen werden (facile adimi non potest), z. B. nicht durch bloße translatio: pro ea parte, qua Titium heredem scripsi, Caius heres esto; ſondern es iſt dazu eine förmliche Ausſchließung (exheredatio) erforderlich; wenn aber

daß überhaupt wohl eine spätere Exheredation die vorher in demselben Testamente erklärte Erbeinsetzung wieder aufheben könne, gewährt zudem noch L. 21. D. h. t. ein argumentum a contrario [16]), welches, wenn auch für sich allein nicht von ganz entscheidendem Gewicht, doch nicht so unbedeutend ist, als es mit Rücksicht auf L. 27. §. 1. 2.[17]), vergl. mit L. 67. D. de hered. instit., dargestellt wird. Nach demjenigen nämlich, was oben über Wirksamkeit der cretio sine exheredatione data gesagt worden ist, darf es als ausgemachter Satz des classischen Rechtes angesehen werden, daß eine sonst giltige Erbeinsetzung nicht indirecte durch eine andere Verfügung desselben Testamentes, ohne förmliche Aufhebung durch exheredatio, ausgeschlossen werde, und darnach mußte consequent der unbedingten Erbeinsetzung derselben Person immer der Vorzug vor der bedingten gegeben werden, jene mochte vor oder nach dieser stehen, wenn nicht der letzten eine exheredatio unter der entgegengesetzten Bedingung hinzugefügt worden. Wo aber dieses geschehen, da war gewiß kein Zweifel darüber, daß nur die spätere bedingte Erbeinsetzung gelte. Es ist also unzulässig, das Zusammentreffen einer Einsetzung und Enterbung eben so zu beurtheilen, wie das Zusammentreffen einer unbedingten und einer bedingten Einsetzung ohne Enterbung unter der entgegengesetzten Bedingung [18]). Uebrigens muß man gestehen, daß diese Strenge der Form sofort die Erbeinsetzung ausgestrichen oder sogleich bei derselben, etwa durch superscriptio, erklärt ist, sie solle nicht gelten, so ist sie quasi nec data, und es bedarf auch keiner exheredatio, um sie aufzuheben.

16) Si filium nominatim exheredavero et eum postea heredem instituero, heres erit.

17) Si te heredem instituero et deinde eundem te sub conditione instituam, nihil valere sequentem institutionem, quia satis plena prior fuisset.

18) Mühlenbruch a. a. O. hat zwar insofern Recht, als er nur dem Finestres die Stütze, welche dieser zu stärkerer Befestigung seiner Ansicht aus L. 67. cit. hernimmt, entziehen will; aber er selbst übersieht den eigentlichen Grund der in L. 27. §. 1. cit. enthaltenen Entscheidung, und läßt sich dadurch zu einer falschen Parallele verleiten. — Daß auch L. 13. §. 2. D. h. t. den oben entwickelten Ansichten nicht entgegenstehe, läßt sich schon vermuthen, da dieselbe von so zweifelhaftem Inhalte ist, daß sich die Vertheidiger aller Meinungen darauf berufen konnten. Mühlenbruch, S. 405. Nimmt man die von diesem gebilligte Construction der Stelle (nach Gebauer) als die richtige an, so sagt sie allerdings: es sei Regel, hereditatem adimi non posse; aber daß diese Regel nicht in unbedingter Allgemeinheit verstanden werden dürfe, räumt auch Mühlenbruch ein; und wenn nun derselbe sie ergänzt: eodem testamento hereditatem adimi non posse, so ist dieses sehr unzuverlässig. Mit gleichem Rechte kann man auch so die Regel verstehen, es gebe keine ademtio hereditatis in der Art, wie es eine ademtio legatorum und libertatis gibt, indem nur durch exheredatio in demselben Testamente die Erbeinsetzung beseitigt werde. Wenn daher ein Sclave des Testators für frei erklärt und zum Erben eingesetzt ist, so schadet es ihm nicht, daß ihm nachher die Freiheit genommen wird, sei es auch noch in demselben Testamente. Denn obwohl dadurch stillschweigend auch die hereditas genommen scheint, weil er ohne Freiheit auch nicht zum Erben eingesetzt sein kann, so kann doch nicht auf solche Weise, indirecte, ohne exheredatio die Erbeinsetzung wieder aufgehoben werden, und da nun diese doch auch nicht ohne die Freiheit bestehen kann, so muß auch die ademtio libertatis

ſchon dem neueren römiſchen und vollends dem heutigen Rechte nicht mehr entſpricht, daß es dieſem vielmehr angemeſſener wäre, bei unzweifelhafter Abſicht des Teſtators auch ohne ausdrückliche Ausſchließung überall nur die ſpätere Erbeinſetzung gelten zu laſſen, die er an die Stelle einer früheren geſetzt haben wollte. Nur wo die wahre Abſicht irgendwie zweifelhaft erſcheint, da iſt es allgemeinen Grundſätzen gemäß, daß vielmehr die günſtigere Verfügung angenommen, und ſo denn auch die Erbeinſetzung eher als die entgegengeſetzte Erklärung aufrecht erhalten werde.

Abgeſehen von dieſer Beziehung der exheredatio auf eine Erbeinſetzung kommt eine wahre Enterbung im römiſchen, und zwar, wenn wir vorerſt auf die Novellen keine Rückſicht nehmen, auch im Juſtinianiſchen Rechte noch, nur vor in Betreff der sui heredes, d. i. derjenigen Perſonen, welche der Familiengewalt des Teſtators untergeordnet durch den Tod deſſelben sui iuris werden [19]), oder etwa, wie ausnahmsweiſe der Fall ſein kann, ſchon bei deſſen Lebzeiten mit Vorbehalt der Suitätsrechte unabhängig geworden ſind [20]), und in Betreff der durch das prätoriſche Recht den sui heredes gleichgeſtellten liberi [21]). Die erſten ſind nach Civilrecht von ſelbſt Erben des verſtorbenen Familienhauptes, und nur durch Exheredation kann dieſes Erbrecht ausgeſchloſſen werden [22]). Es gehört zu den civilrechtlichen Erforderniſſen der anfänglichen Giltigkeit eines Teſtamentes, daß die zur Zeit der Errichtung deſſelben vorhandenen sui heredes des Teſtators gehörig inſtituirt oder exheredirt werden; das Teſtament iſt ſonſt nichtig [23]). Und wenn erſt nach der Teſtamentserrichtung Jemand in das Verhältniß eines suus heres eintritt, der nicht giltig eingeſetzt oder enterbt iſt, ſo wird das Teſtament nichtig (rumpitur testamentum), es mag nun ein suus heres dem Teſtator erſt ſpäter geboren werden (agnascitur suus heres, postumus), oder ein ſchon früher Geborener erſt jetzt die Stellung eines suus heres gewinnen (quasi agnascitur suus heres, postumi loco) [24]). Nach prätoriſchem Rechte dagegen hat die Präterition eines suus heres oder eines dieſem gleichgeſtellten Deſcendenten zur Folge, daß durch contra tabulas bonorum possessio die teſtamentariſche Erbfolge, jedoch mit Aufrechthaltung gewiſſer Verfügungen des civilrechtlich nicht ungiltigen Teſtamentes, vereitelt werden kann [25]). Dieſe Wirkung der Präterition war zwar nach vorjuſtinianiſchem Rechte nicht in allen Fällen dieſelbe; civilrechtlich hatten Töchter und Enkel, die zur Zeit der Teſtamenterrichtung ſchon sui

---

in dieſem Falle für unwirkſam erklärt werden. — Man könnte übrigens in dieſer Stelle auch ſupponiren, daß der Sclave der einzige eingeſetzte Erbe ſei (Note 12—14).

19) Cai. II. 156. §. 2. 4. 8. J. de hered. ab intest. (3. 1.)

20) L. 11. Cod. de legit. hered. (6. 58.) Nov. 81. cap. 2.

21) Vergl. oben Bd. 1, S. 317—319, und den Artikel Inteſtaterbfolge.

22) L. 11. D. h. t. §. 3. J. l. c. Cai. II. 157.

23) §. pr. J. h. t. Cai. II. 123. L. 30. D. h. t.

24) §. 1. 2. J. h. t. Cai. II. 130—134.

25) §. 4. J. h. t. Cai. II. 135—137. Ulp. XXII. 23. Vergl. oben Bd. 1, S. 316–323.

heredes des Teſtators, aber von dieſem übergangen waren, nur das Recht, zu einem gewiſſen Erbtheil mit den eingeſetzten Erben in Concurrenz zu treten (ius accrescendi), und weibliche Deſcendenten ſollten nach einem Reſcripte des D. Pius auch durch bonorum possessio contra tabulas nicht mehr erlangen[26]). Dieſe Verſchiedenheiten ſind aber durch eine Juſtinianiſche Conſtitution beſeitigt[27]).

Indem nun die Erforderniſſe einer wirkſamen Enterbung beſtimmt werden ſollen, iſt vorerſt näher anzugeben, welche Perſonen enterbt werden können. Die Exheredation derjenigen, welche ſchon zur Zeit der Teſtamentserrichtung des Teſtators sui heredes oder gleichberechtigte liberi ſein würden, war nach Civilrecht, beziehungsweiſe nach prätoriſchem Rechte, immer als giltig anzuſehen, und namentlich auch weibliche Deſcendenten konnten enterbt werden, ſelbſt als noch deren Einſetzung nach der lex Voconia unzuläſſig war[28]). Im Voraus aber ſolche, die in jenes Verhältniß zum Erblaſſer künftig erſt eintreten möchten, zu enterben, iſt erſt allmälig theils nach geſetzlichen Beſtimmungen (der lex Velleia), theils nach der weitergreifenden Interpretation der Juriſten für wirkſam anerkannt worden[29]), und ſelbſt nach der weiteſten Ausdehnung dieſer Beſtimmungen iſt doch die Exheredation eines Fremden, der weder jetzt nach civilem oder prätoriſchem Rechte eingeſetzt oder enterbt werden mußte, noch auch ſpäter ohne einen beſonderen Act der Aufnahme dieſe Stellung gewinnen konnte, ſtets als eine ganz bedeutungsloſe Handlung betrachtet worden, welche die Ruption des Teſtamentes nicht abwehren könne, falls der ſo vorzeitig Enterbte ſpäterhin durch Adoption oder einen ähnlichen Act suus heres des Teſtators werde[30]).

---

26) Cai. II. 124—126. Ulp. §. 17. cf. Paull. sent. III. 4b. §. 8.

27) L. 4. Cod. h. t. §. 5. J. h. t. Vgl. überhaupt den Art. Notherben.

28) Cai. II. 274. Haſſe, im rhein. Muſ. Bd. 3, S. 183 flg. Mühlenbruch a. a. O. S. 214.

29) Cai. II. 134. cf. 142. 143. — §. 2. J. h. t. cf. L. 8. §. 7—10. D. de bon. poss. c. tab. (37. 4.) L. 23. 28. §. 1. und vorzüglich L. 29. D. h. t., und darüber Franke, Recht der Notherben, S. 19—44. Mühlenbruch a. a. O. S. 181—283.

30) Cai. II. 138—140. L. 8. §. 8. u. L. 23. cit. cf. L. 18. D. de iniusto test. (28. 3.) L. 132. not. 3. cit. — Der Adoption ſtand nach älterem Rechte die conventio in manum mariti in dieſer Rückſicht gleich. Cai. §. 139. Im neueren Rechte gilt daſſelbe von der Legitimation unehelicher Kinder, da auch dieſe nicht ordine naturali, ſondern novo facto der Gewalt des Teſtators unterworfen werden. Vergl. L. 28. §. 1. cit. Franke, S. 44. Mühlenbruch, S. 285, Note 16. Doch will ſie Mayer, Erbr. Bd. 1, S. 231, den natürlichen postumi gleichgeſtellt wiſſen, aber aus ungenügenden Gründen. Denn die unehelichen Kinder, ſo lange ſie nicht legitimirt ſind, ſtehen gewiß dem Teſtator nicht näher, als die Kinder von Töchtern, welche doch in der fraglichen Beziehung extranei ſind. Die Analogie der L. 23. cit. paßt nicht hierher, da der Emancipirte immer prätoriſcher Notherbe blieb, welcher giltig exheredirt werden konnte, während das nicht legitimirte uneheliche Kind nicht einmal das regelmäßige Inteſtaterbrecht der Deſcendenten hat. Ganz verfehlt iſt auch die Bezugnahme auf das, was nach einem SC. Hadriani im Fall der causae probatio post mortem testatoris gelten ſollte, nach Cai. II. 143., da

Was nun die Art und Weise angeht, wie die Enterbung zu geschehen hat, so mußte dieselbe nach älterem Rechte ohne Zweifel eben so wie die Einsetzung in gewisser solennec Form ausgesprochen sein [31]), so daß noch Justinian sich veranlaßt sehen konnte, zu erklären, die Verfügung: ille filius meus alienus meae substantiae fiat, sei für eine giltige Exheredation zu halten [32]). Nach neuerem Rechte kommt es darauf nicht mehr an [33]), aber es ist doch immer eine bestimmte Erklärung des Testators erforderlich, welche dessen Willen, das Kind auszuschließen, unzweifelhaft kund gibt und kund zu geben beabsichtigt [34]). Diese Erklärung muß in einem giltigen Testamente enthalten sein; in einem Codicill ist so wenig Enterbung als Erbeinsetzung statthaft [35]). Von selbst versteht sich demnach, daß in der letztwilligen Verordnung außer der Enterbung noch eine giltige Erbeinsetzung enthalten sein muß, weil ohne diese überall kein Testament besteht [36]). Daher kann denn auch unmöglich eine wirksame Enterbung angenommen werden, wenn derselbe Descendent allein und ohne Substituten eingesetzt und in demselben Testamente wieder enterbt ist; denn wenn auch zu behaupten wäre, daß dadurch die Erbeinsetzung aufgehoben werde [37]), so würde dann eben kein Testament und somit auch keine Enterbung vorhanden sein, sondern die Intestaterbfolge eintreten [38]).

Es sind nun außerdem noch folgende Erfordernisse einer giltigen Enterbung der Kinder zu bemerken:

1) Sie müssen nominatim enterbt sein. Dazu aber gehört nicht nothwendig Nennung des Namens; es genügt eine jede, auch eine beschimpfende, Bezeichnung der Personen, welche enterbt sein sollen, wenn sie nur deutlich zu erkennen gibt, daß der Testator dabei bestimmte Kinder, und welche unter mehreren, im Auge gehabt habe [39]); und selbst col-

---

dieses durch singuläre Bestimmung, und nur für den Fall festgesetzt war, wenn der Vater ein anderes Testament nicht mehr machen konnte, wenn nämlich erst nach seinem Tode dem Kinde die Rechte eines ex iustis nuptiis erzeugten gewonnen wurden. Man könnte diese Analogie höchstens für den Fall der sogenannten legitimatio per testamentum passend finden, die aber mit einer Enterbung desjenigen, dessen Legitimation der Testator wünscht, verbunden eine Sonderbarkeit wäre. Endlich ist schwer einzusehen, wie der in L. 28. §. 1. cit. angegebene Grund auf die legitimatio per subsequens matrimonium angewendet werden könne; denn offenbar ist diese ein novum factum, abhängig von dem Willen des Vaters und in Rücksicht der hier in Betracht kommenden Wirkung auch von dem Willen des Kindes (Nov. 89. cap. 11.), daher sehr wohl vergleichbar der Arrogation eines fremden homo sui iuris.

31) Cf. L. 2. 15. 17. 19. D. h. t. Cai. II. 116. 117.

32) L. 3. Cod. h. t.

33) Cum enim manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu existat. L. 3. Cod. cit. cf. L. 15. Cod. de testam. (6. 23.)

34) Mühlenbruch a. a. O. S. 392.

35) §. 2. J. de codicillis. (2. 25.) L. 14. Cod. de testam. (6. 23.)

36) Testamenta vim ex institutione heredis accipiunt. Cai. II. 229. Cf. L. 1. pr. D. de hered. instit. (28. 5.)

37) Vgl. Note 12—16.

38) L. 20. pr. D. de bon. poss. c. tab.

39) §. 1. J. h. t. L. 1—3. D. h. t. cf. L. 34. D. de cond. et dem. (35. 1.) L. 24. D. de manum. test. (40. 4.)

lectiv die Enterbung „aller Kinder" oder „der übrigen Kinder" kann giltig sein, wenn nur die Bezeichnung den Umständen nach als eine hinreichend specielle erscheint, und der Testator dabei nicht unabsichtlich ein Kind übersehen hat [40]). In Beziehung auf postumi könnte natürlich eine Enterbung mit Nennung des Namens gar nicht einmal gefordert werden, und doch sollen auch sie nominatim exheredirt werden. Es ist dieses aber so zu verstehen, daß ausdrücklich der mögliche Fall des Eintrittes von postumi berücksichtigt und diese ausgeschlossen werden [41]). Das nominatim exheredare macht den Gegensatz von exheredare inter ceteros, welches nur in der allgemeinen Formel ceteri exheredes sunto ausgesprochen wurde. Vor Justinian genügte dieses nach Civilrecht für alle zur Zeit der Testamentserrichtung schon existirenden sui heredes, außer dem filius in potestate [42]); und für später Geborene weiblichen Geschlechtes genügte ebenfalls diese Form der Enterbung, wenn nur der Testator durch eine andere Erklärung, namentlich durch ein Vermächtniß, zu erkennen gab, daß er an sie gedacht habe; nur postumi männlichen Geschlechtes mußten nominatim enterbt werden [43]); nach prätorischem Rechte hingegen mußten alle männlichen liberi ohne Unterschied nominatim, und nur die weiblichen konnten inter ceteros exheredirt werden [44]). Alle diese Unterscheidungen aber sind durch eine Justinianische Constitution aufgehoben, welche für Alle ohne Unterschied die exheredatio inter ceteros für ungenügend erklärt [45]).

2) Die Enterbung darf nicht an eine Bedingung geknüpft sein [46]). Diese Regel leidet jedoch die Ausnahme, daß das Kind wohl unter der entgegengesetzten Bedingung enterbt werden kann, als unter welcher es eingesetzt ist; weil dann auf jeden Fall, die Bedingung möge erfüllt werden oder nicht, das Kind sich entweder eingesetzt oder enterbt findet, und

---

40) L. 25. pr. D. h. t. Man kann aus dieser Stelle wohl nicht ableiten, daß die Formel ceteri filii filiaeque exheredes sunto überall als namentliche Enterbung aller Kinder gelten könne; vergl. Mühlenbruch, Bd. 36, S. 306, 307, aber dieser behauptet auch zu viel, wenn er durch §. 1. J. h. t. beweisen will, daß mehrere Söhne niemals auf jene Weise enterbt werden könnten. Der §. 1. cit. sagt nur: der Satz filius meus exheres esto non adiecto proprio nomine, genüge nicht, wenn mehrere Söhne da sind, natürlich, weil man dann nicht weiß, welcher von ihnen enterbt sein soll. Daraus folgt aber nicht, daß auch die Enterbung: filii mei exheredes sunto, ungiltig sei, wenn z. B. der Testator zwei oder drei wohlbekannte Söhne hatte.

41) Z. B. quicunque mihi filius genitus fuerit, exheres esto. L. 3. §. 5. D. de iniusto test. (28. 3.). §. 1. in f. J. h. t. und Theophil. ad h. l.

42) Pr. J. h. t. Ulp. XXII. 20.

43) §. 1. J. h. t. Cai. II. 134. Ulp. XXII. 21. 22. In Betreff männlicher Enkel und Urenkel sagt der letzte nur, es sei tutius nominatim eos exheredari; et id observatur magis. Cf. L. 3. pr. D. de iniusto test.

44) §. 3. J. h. t. Cai. II. 135. Ulp. XXII. 23.

45) L. 4. Cod. h. t. cf. §. 5. J. h. t.

46) L. 18. pr. D. de bon. poss. c. tab. cf. L. 3. §. 1. D. h. t. Ueber den in L. 18. cit. angegebenen Grund: certo enim iudicio liberi a parentum successione removendi sunt, siehe verschiedene Erklärungen bei Franke a. a. O. S. 62. Mühlenbruch, S. 415.

so der rechtliche Bestand des Testamentes von dieser Seite gesichert ist[47]). Und darin kann es auch keinen Unterschied machen, ob das Kind unter einer Bedingung enterbt und dann unter der entgegengesetzten eingesetzt, oder umgekehrt unter einer Bedingung eingesetzt und dann unter der entgegengesetzten enterbt werde, da die Enterbung überhaupt der Erbeinsetzung eben so wohl vorgehen als nachfolgen kann[48]). Sind postumi unter Bedingung enterbt, so kommt es darauf an, ob die hinzugefügte Bedingung zur Zeit der agnatio postumi erfüllt ist oder nicht; im letzten Falle wird das Testament rumpirt, weil die bedingte Enterbung nicht gilt; im ersten Falle bleibt es bestehen, weil nun der agnoscirende Postumus sich unbedingt enterbt findet[49]).

3) Die Enterbung darf nicht auf die Zeit nach dem Tode des Enterbten hinausgestellt sein, indem die Enterbung nach dem Tode widersinnig wäre[50]). Daher ist es ungiltig, wenn verfügt wird: **Titius post mortem filii heres esto, filius exheres esto**, weil hier die Einsetzung des Titius und so auch die Enterbung des Sohnes nur unter einer Voraussetzung wirksam werden könnte, unter welcher die letzte keinen Sinn mehr hat[51]). Daher wird auch, wenn der Sohn unter einer Bedingung eingesetzt und unter der entgegengesetzten enterbt ist, gefordert, daß diese

47) L. 86. D. de hered. instit. L. 4. Cod. de institut. et substit. (6. 25.) cf. L. 28. pr. D. h. t. (not.)

48) L. 3. §. 2. 3. D. h. t. L. 3. §. 2. D. de iniusto test. Es ist gewiß einerlei, ob der Testator z. B. sagte: si consul factus non fuerit, filius exheres esto, si factus fuerit, heres esto, oder umgekehrt: si consul factus fuerit, heres esto, si non fuerit, heres esto. Gegen die herrschende Meinung erklärt sich zwar Mühlenbruch a. a. O. S. 416 flg., übereinstimmend mit Giphan. explanatio difficil. leg. II. p. 43 sq., aber wer unter einer Bedingung enterbt und auf den entgegengesetzten Fall eingesetzt ist, der ist immer auch unter einer Bedingung eingesetzt und auf den entgegengesetzten Fall enterbt; beides trifft nicht blos im Resultate zusammen, sondern ist wesentlich eins und dasselbe, da formell auf das Voranstellen der Enterbung oder Einsetzung nichts ankommt. Vgl. auch Buchholtz, in der Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß, Bd. 13, S. 327 flg.

49) Arg. L. 3. §. 3. D. de iniusto test.: Rumpunt,.. si nascantur nec inveniant se exheredatos. L. 1. §. 5. D. de ventre in poss. mitt. (37. 9.) Si sub conditione postumus sit exheredatus, pendente conditione ... posse ventrem in possessionem mitti, quia sub incerto utilius est, ventrem ali; also wenn vor der Geburt die Bedingung der Enterbung noch schwebt, ist es noch ungewiß, ob diese nicht wirksam werde. Vergl. L. 22. 24. D. h. t. Mayer, Erbr. Bd. 1, S. 236, Note 12. Förster, de bon. poss. contra tab. p. 124. Anderer Meinung ist auch hier Mühlenbruch a. a. O. S. 423. Ohne L. 1. §. 5. cit. zu berühren, bemerkt er nur: daß das Testament nicht gelten könne, wenn sich der Postumus nicht unbedingt enterbt findet; für gehörig enterbt aber kann er nicht gehalten werden, wenn bei seinem Erscheinen die Bedingung der Enterbung bereits eingetreten ist, indem diese ja jetzt seinem Erbrechte im Wege steht. Aber er findet sich ja wirklich unbedingt enterbt, wenn bei seinem Erscheinen die Bedingung der Enterbung eingetreten ist, und daß diese dann seinem Erbrechte im Wege steht, kann freilich nicht anders sein, wenn eine Enterbung angenommen werden soll. Mir ist daher diese Argumentation unbegreiflich.

50) L. 29. §. 10. D. h. t. Frustra exheredabitur post mortem suam. Cf. L. 4. §. 2. D. de hered. instit. (28. 5.)

51) L. 13. §. 2. D. h. t.

noch vor dem Tode des Sohnes entschieden sei, damit das Testament bestehe [52]).

4) Die Enterbung soll auch nicht post aditam hereditatem angeordnet werden [53]). Es soll der Notherbe erst aus der ihm sonst zufallenden Erbschaft durch die Enterbung verdrängt sein, damit ein Anderer sie erwerben könne; daher kann nicht die Enterbung als Folge dieser Erwerbung hingestellt werden, obgleich jene als eine im Testamente enthaltene Verfügung nur besteht, wenn nach dem Testamente die Erbschaft angetreten wird [54]).

5) Die Enterbung muß den Enterbten von der ganzen Erbschaft ausschließen, und also in Beziehung auf alle eingesetzten Erben verordnet sein [55]). Durch eine theilweise Enterbung wird das natürliche Anrecht des Kindes auf den übrigen Theil der Erbschaft nicht ausgeschlossen, und da nun doch neben diesem gesetzlichen Erbrechte kein testamentarisches bestehen kann, so ist das ganze Testament wegen solcher mangelhafter Enterbung ungiltig, es möchte denn das Kind selbst auf den übrigen Theil eingesetzt sein, in welchem Falle aber auch jene Enterbung ganz überflüssig und bedeutungslos ist. Es wird aber damit so strenge genommen, daß es für eine ungiltige Enterbung erklärt wird, wenn dem Kinde ein Vermächtniß gegeben und hinzugefügt ist: in cetera parte exheres esto [56]), obwohl doch darin in der That eine Enterbung von der ganzen Erbschaft, nur verbunden mit Hinterlassung eines Vermächtnisses, enthalten, und dieses sonst unzweifelhaft giltig ist [57]). Endlich muß auch

6) die Enterbung sich auf alle Grade der Erbeinsetzung beziehen, wenn ihre Wirksamkeit für alle Fälle gesichert sein soll. Sind Substitutionen im Testamente angeordnet, so hängt die Giltigkeit eines jeden einzelnen Grades der Erbeinsetzung davon ab, daß der Notherbe eben auch in Beziehung auf diesen giltig enterbt sei [58]), wenn er nicht in diesem

---

52) L. 28. pr. D. h. t. Vgl. Franke, S. 56, 62. Mühlenbruch, S. 378 flg.

53) L. 3. §. 2. D. h. t. Vgl. Franke, S. 65. Mühlenbruch, S. 424, 425. Unrichtig versteht Glück, Bd. 7, S. 266, diese Stelle von dem Falle, wenn keine Erbeinsetzung neben der Enterbung im Testamente sich findet.

54) L. 68. D. de hered. instit., worüber zu vergleichen Franke, S. 65–67. Mühlenbruch, S. 419–421. Beiläufig sei bemerkt: Franke, Note 19, a. a. O. bezweifelt die Richtigkeit der Lesart quia tamen scriptura non est expressa voluntas Titii, wofür er lieber testatoris lesen möchte, aber ohne Grund. Jene Worte geben einen ganz guten dem Zusammenhange entsprechenden Sinn, nämlich: obwohl die Erfüllung der Bedingung und somit die Wirksamkeit der Einsetzung von dem Willen des Titius abhängt, so ist diese doch giltig, da nicht ausdrücklich der Wille des Titius im Testamente genannt und davon die Erbeinsetzung abhängig gemacht ist.

55) L. 3. §. 2. D. h. t. L. 3. §. 3. D. de bon. poss. c. tab.

56) Recte exheredatus ... non videtur .... quoniam nec fundi exheres esse iussus recte exheredaretur, aliamque esse causam institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non esse adiuvandas.

57) Vgl. Note 2.

58) L. 3. §. 6. L. 8. 14. pr. D. h. t. L. 8. §. 1. 5. D. de bon. poss.

oder einem früheren Grade eingesetzt ist[59]); nur in Ansehung der nachfolgenden Grade bedarf es nicht mehr der Enterbung, wenn er in einem Grade eingesetzt ist[60]). Ob nun im einzelnen Falle die Enterbung auf alle Grade der Erbeinsetzung zu beziehen sei oder nicht, das bestimmt sich vor Allem nach der ausdrücklichen Erklärung des Testators selbst. Aber auch ohne solche wird in der Regel die Enterbung allgemein zu verstehen sei, wenn nicht ein besonderer Grund vorliegt, dieselbe nur auf einzelne Grade der Erbeinsetzung beschränkt zu halten. Ist namentlich vor allen Erbeinsetzungen die Enterbung ausgesprochen, so ist kein Zweifel, daß sie auf alle Grade zu beziehen sei[61]). Aber auch wenn umgekehrt am Ende aller Erbeinsetzungen die Enterbung sich findet, ist dasselbe im Zweifel anzunehmen, wenn sich nicht eine ausschließliche Beziehung auf den letztvorhergehenden Grad besonders kund gibt[62]). Auch wenn zwischen zwei Graden die Enterbung steht, gilt sie im Zweifel für beide[63]), und so muß denn consequent auch die zwischen mehreren Graden befindliche Enterbung nach oben und nach unten auf alle bezogen werden, so wie auch bei einer Mischung verschiedener Grade unter einander die darin eingefügte Enterbung als unbeschränkte angesehen wird[64]). Und selbst wenn zwischen verschiedenen Erbeinsetzungen desselben Grades die Enterbung ausgesprochen ist, entscheidet man sich wohl mit Recht für die Annahme, daß dieselbe nicht nur für diesen ganzen Grad[65]), sondern auch für die übrigen Grade wirke, indem die einzelnen Erbeinsetzungen nicht in solcher wesentlichen Verbindung zu einander stehen, daß man sagen könnte, es werde durch die Stellung der Enterbung zwischen Erbeinsetzungen desselben Grades eine besondere Beziehung derselben auf diesen Grad angedeutet[66]).

---

c. tab. L. 75. D. de hered. instit. L. 43. §. 2. D. de vulg. et pup. subst. L. 4. 5. 19. pr. D. de iniusto. Ueber die verschiedenen Folgen der Präterition in einzelnen Graden je nach Verschiedenheit der Fälle vgl. Franke a. a. O. S. 77—86, 134, 135; Glück, Bd. 7, S. 280—286, und Mühlenbruch in der Fortsetzung, Bd. 36, S. 436—454.

59) L. 14. §. 1. D. h. t. L. 4. §. 2. D. de hered. instit.

60) Förster, a. a. O. S. 76, 77, behauptet zwar Ungiltigkeit der nachfolgenden Substitutionen, falls der Sohn vor dem Vater sterbe. Aber vgl. dagegen Franke, S. 72. Mühlenbruch, S. 434—436.

61) L. 3. §. 3. D. h. t.

62) L. 1. Cod. de lib. praet. (6. 28.) Die Auslegung dieses Rescriptes ist zwar streitig. Manche finden darin ausgesprochen, daß die Enterbung hier regelmäßig nur auf den letzten Grad zu beziehen sei, wenn nicht apparet, eum id eo consilio scripsisse, ut ab omnibus exheredaret. Donell. ad L. 1. cit. n. 3. Cuiac. ad L. 3. §. 2. D. h. t. (opp. ed. Neap. I. p. 1056). Allein nach dem Schlußsatze der Constitution wird eine ratio gefordert, quare videatur in posteriori tantum casu exheredare voluisse, und nur weil diese fehlt, wird in dem Falle des Rescriptes die Enterbung allgemein genommen. Dieß kann man also auch in anderen Fällen als Regel annehmen, und damit stimmt die ganze Behandlung dieses Punktes im classischen Rechte überein. Vgl. Franke, S. 70. Mühlenbruch, S. 429 flg.

63) L. 3. §. 4. D. h. t.

64) L. 3. §. 5. D. h. t.

65) L. 3. §. 2. D. h. t.

66) Z. B. A soll mein Erbe sein. Meinen Sohn enterbe ich. Auch B soll mein Erbe sein. Wenn A und B meine Erben nicht sind, soll C mein

Diese nun sind nach Justinianischem Pandektenrechte die Erfordernisse einer giltigen Enterbung, wegen deren Nichtbeachtung auch die ausdrücklich erklärte Ausschließung, wenigstens beziehungsweise (Nr. 6), der Präterition gleichzuachten ist [67]). Auf die Beweggründe zur Enterbung kommt es nach diesem Rechte nicht an, und noch viel weniger bedarf es einer ausdrücklichen Angabe des Beweggrundes. Zwar ist das Testament der Gefahr ausgesetzt, als pflichtwidriges in Folge der querela inofficiosi testamenti umgestoßen zu werden, wenn ein Kind ohne genügende Ursache von dem Nachlasse gänzlich ausgeschlossen worden. Allein diese Klage ist nicht gegen die Enterbung als solche gerichtet, sondern findet nur dann statt, wenn dem Berechtigten nicht der ihm gebührende Theil des nachgelassenen Vermögens, sei es durch Vermächtniß oder durch Erbeinsetzung, gegeben wird, und nach vorjustinianischem Rechte konnte auch selbst das eingesetzte Kind sich deren bedienen, wenn ihm dadurch nicht so viel, als ihm gebührt, zu Theil wurde, und unter derselben Voraussetzung sind auch solche Personen, die nicht enterbt zu werden brauchen, nämlich überhaupt Descendenten und Ascendenten, zu dieser Klage berechtigt, während der Erheredirte, welchem durch Vermächtniß ein angemessener Theil des Erbvermögens zugewendet wird, nicht dazu berechtigt ist [68]).

In diesen Bestimmungen hat nun aber Justinian nach Vollendung seiner Rechtsbücher durch die berühmte Novelle 115 in doppelter Beziehung höchst wichtige Aenderungen vorgenommen. Er hat erstens vorgeschrieben, daß regelmäßig alle Descendenten, ohne Beschränkung auf diejenigen, welche nach dem bisherigen Rechte eingesetzt oder enterbt werden mußten, und eben so alle Ascendenten, beide freilich nur insofern als sie die nächsten Intestaterben sein würden, zu Erben eingesetzt werden sollen, und hat zweitens gesetzlich die Gründe genau bestimmt, deren ausdrückliche Angabe im Testamente und Bewahrheitung von Seiten der eingesetzten Erben allein die Nichteinsetzung jener Personen rechtfertigen könne, welche sonst unter Beseitigung der Erbeinsetzungen des ungesetzlichen Testamentes als Intestaterben berufen werden [69]). Jene gesetzlich anerkannten Gründe der Ausschließung (Enterbungsgründe) sind folgende:

I. Ein Kind kann von seinem Ascendenten enterbt werden [70]): 1) wenn es sich thätlich an demselben vergriffen, oder 2) ihm sonst schwere und unziemliche Kränkungen zugefügt, oder 3) eine criminelle Anklage gegen denselben erhoben hat, ausgenommen wegen Staats- und Majestätsverbrechen; 4) wenn dasselbe mit Giftmischern und Zauberern gleiches

---

Erbe sein. Anderer Meinung ist aber unter Anderen Franke, S. 71. Vgl. dagegen Mühlenbruch, S. 433, der jedoch diesen Fall auch nicht speciell erwähnt, indem sich seine Ausführung S. 431—433 nur auf den Fall bezieht, wenn die Enterbung zwischen Substitutionen verschiedener Grade steht, über welchen Fall sich Franke nicht ausdrücklich erklärt hat.

67) L. 8. §. 2. D. de bon. poss. c. tab.

68) Vgl. die Art. Notherben und Pflichttheil.

69) Nov. 115. cap. 3. pr. §. 14. in f. cap. 4. §. 8. in f.

70) Nov. 115. cap. 3. §. 1—14.

Unwesen treibend Gemeinschaft pflegte[71]); 5) wenn es dem Ascendenten nach dem Leben gestellt hat; 6) wenn der Descendent männlichen Geschlechtes[72]) mit der Ehefrau oder (rechtmäßigen) Concubine des Ascendenten unerlaubten Umgang gehabt hat[73]); 7) wenn das Kind gegen den Ascendenten als Angeber aufgetreten ist und dadurch demselben beträchtlichen Nachtheil bereitet hat[74]); 8) wenn ein Descendent männlichen Geschlechtes, obwohl vermögend, für den Ascendenten auf dessen Begehren als Bürge einzutreten, um ihn dadurch aus dem Gefängniß zu befreien, sich geweigert hat[75]). Auf männliche Kinder ist dieses ausdrücklich eingeschränkt, da ja Frauen nach dem SC. Velleianum nicht giltig intercediren können. 9) Wenn das Kind den Ascendenten an Errichtung eines Testamentes zu hindern versucht hat[76]). 10) Wenn das Kind wider Willen der Eltern unter Gaukler und Schauspieler[77]) sich begeben, und dieses Gewerbe fortbetrieben hat, wofern nicht die Eltern desselben Gewerbes sind. 11) Wenn die Tochter oder Enkelin sich einem schlechten Lebenswandel ergeben hat, indem sie eine von den Eltern gebotene Gelegenheit zur Verheurathung verschmähte. Die großjährige Tochter aber soll entschuldigt sein, wenn sie durch Verzögerung ihrer Verheurathung zur Unzucht verleitet worden, oder wider den Willen der Eltern (nur mit einem Freien) sich verheurathet hat[79]). 12) Wenn das Kind den Ascen-

---

71) *Μετὰ φαρμακῶν ὡς φαρμακός.* Vgl. Mühlenbruch, Bd. 37, S. 144—146.

72) Das Gesetz spricht zwar nur vom Sohne, welcher novercae suae aut concubinae patris sese immiscuerit; aber unbedenklich ist dasselbe auch vom männlichen Enkel und Urenkel zu verstehen. Arg. L. 84. 201. D. de V. S.

73) Was hier von der Concubine des Vaters gesagt ist, kann nach heutigem Rechte nicht mehr als praktisch angesehen werden, da es ohne Zweifel auf der Voraussetzung eines rechtmäßig erlaubten Concubinats beruht.

74) Auch hier nennt zwar das Gesetz nur den Sohn; aber es ist kein Grund zu ersehen, warum hier nicht nach L. 84. D. de V. S. filii appellatione omnes liberi verstanden werden sollen, wie mit Anderen Mühlenbruch, a. a. O. S. 149, behauptet. Dann ist auch die Ausdehnung auf Enkel männlichen Geschlechtes in diesem wie in dem vorigen Falle inconsequent.

75) Bei diesem Enterbungsgrunde ist streitig, ob vorausgesetzt werde, daß der Enkel schon zur Zeit der Aufforderung der nächste Intestaterbe des Ascendenten gewesen sei, weil in §. 8. die liberi, qui possunt ab intestato ad eius successionem venire (*παῖδες οἱ δυνάμενοι ἐξ ἀδιαθέτου ἐπὶ τὴν τούτου διαδοχὴν ἔχθειν*) genannt werden. Mühlenbruch, S. 151. Allein der Ausdruck *οἱ δυνάμενοι* deutet nur auf die Möglichkeit, dereinst Intestaterben zu werden, die bei den Enkeln jederzeit vorhanden ist. Diese Andeutung aber kann deßhalb hier besonders hinzugefügt sein, um die Verpflichtung stärker fühlen zu lassen, demjenigen bei Lebzeiten in dringendster Verlegenheit zu Hilfe zu kommen, auf dessen Vermögen man nach seinem Tode Anspruch machen will.

76) Cf. L. 23. Cod. de inoff. testam. (3. 28.)

77) *Μεταξὺ κυνηγῶν ἢ μίμων*, nach der vulgata versio inter arenarios vel mimos. Cf. L. 11. Cod. l. c.

78) Die Beschränkung auf Söhne ist auch hier eben so ungegründet, wie in dem Falle Nr. 7; und die von den Meisten angenommene Ausdehnung auf alle Kinder keineswegs „höchst willkürlich", wie Mühlenbruch, S. 153, behauptet.

79) Cf. L. 19. Cod. de inoff. test. (3. 28.) Ueber diesen sehr unbe-

denten während einer Geisteskrankheit vernachlässigt hat. 13) Wenn das schon achtzehnjährige Kind sich nicht bemüht hat, den in feindlicher Gefangenschaft befindlichen Ascendenten loszukaufen. Endlich 14) ist es rechtgläubigen Ascendenten gestattet, ihre nichtkatholischen Descendenten zu enterben; eine Bestimmung, von deren Anwendung freilich heutzutage in Ansehung der verschiedenen christlichen Religionsparteien keine Rede mehr ist.

II. Ascendenten können von den Kindern enterbt werden [80]): 1) wenn sie diese eines todeswürdigen Verbrechens angeklagt haben, ausgenommen wegen Hochverrathes. 2) Wenn sie denselben nach dem Leben getrachtet haben. 3) Wegen unerlaubten Umganges mit der Frau oder (rechtmäßigen) Concubine [81]) des Sohnes oder Enkels [82]). 4) Wenn sie dieselben an Errichtung eines Testamentes gehindert haben, natürlich vorausgesetzt, daß die Kinder Testamentsfähigkeit hatten, also wenn sie Hauskinder waren, nur in Ansehung des peculium castrense und quasi castrense [83]). 5) Wenn von einem Elternpaar des Kindes der Eine dem Anderen, der Vater der Mutter oder diese jenem, nach dem Leben getrachtet oder durch Gift den Verstand zu rauben gesucht hat, so kann das Kind jenen enterben [84]). Ferner können auch Eltern von den Kindern, eben so wie nach I. 12—14. diese von jenen, enterbt werden 6) wegen Vernachlässigung derselben während einer Geisteskrankheit; 7) wegen Vernachlässigung in der Gefangenschaft, und 8) wegen Irrglaubens.

Es sind aber in Beziehung auf diese Enterbungsgründe noch einige zweifelhafte Punkte zu berühren. Die meisten derselben beruhen in einem tadelnswerthen Betragen gegen Ascendenten oder Descendenten. Hier könnte gefragt werden, ob ein solcher Verstoß gegen einen Ascendenten oder Descendenten auch einem Anderen als dem zunächst Beleidigten das Recht zur Enterbung gebe? In mehreren dieser Fälle ist eine solche Annahme nicht einmal nach dem buchstäblichen Inhalte des Gesetzes zulässig, na-

---

stimmt ausgedrückten Enterbungsgrund vgl. Franke, S. 407—410, u. Mühlenbruch, S. 153—164.

80) Nov. 115. cap. 4. §. 1—8.

81) Vgl. Note 73.

82) Weil im griechischen Texte der Novelle steht: τοῦ οἰκείου παιδός, so beschränkt Mühlenbruch a. a. O. §. 169, mit Buchholtz, jur. Abh. S. 141, diese Bestimmung auf unerlaubten Umgang mit der Frau des Hausſohnes. Allein die nach der vulgata versio längst und allgemein recipirte Meinung kann durch den griechischen Text um so weniger erschüttert werden, da dieser nicht einmal feststeht; denn Haloander liest: τοῦ ἰδίου παιδός.

83) In rebus in quibus habent testandi licentiam. Der von Buchholtz a. a. O. auch hier angenommenen Beschränkung auf Hauskinder widerspricht hier auch Mühlenbruch, S. 169, mit Recht: denn die angeführten Worte zeigen wohl, daß der Gesetzgeber auch Hauskinder, aber nicht, daß er ausschließlich diese im Auge hatte.

84) Die Meinung, daß es hier nicht darauf ankomme, ob der Verfolgte auch Ascendent des Kindes sei, oder blos Stiefvater oder Stiefmutter (Mühlenbruch, S. 170), ist gewiß verwerflich; denn das Gesetz sagt blos liberis esse licentiam etc., ohne zu sagen: wessen Kindern; setzt also offenbar gemeinschaftliche Kinder der vorher genannten beiden Ehegatten voraus.

mentlich bei I. 8. 9. 12. 13. II. 4. 6. 7. Aber auch in den anderen Fällen dieſer Art, namentlich I. 1. 2. 3. 5. 6. 7. 10. II. 1. 2. 3., iſt dieſelbe gewiß zu verwerfen, obwohl der Ausdruck allgemein lautet, z. B.: si quis parentibus suis manus intulerit. Denn dieſes kann ſehr wohl ſo verſtanden werden, daß nun eben dieſen beleidigten Eltern, dieſem oder jenem Parens, welcher ſo beleidigt worden iſt, das Enterbungsrecht zuſtehen ſolle; und daß es ſo zu verſtehen ſei, dafür ſpricht gerade der Umſtand, daß in anderen Fällen, wo es der Zuſammenhang mit ſich bringt, ausdrücklich deſſen zu erwähnen, nur dem Beleidigten die Befugniß zur Enterbung beigelegt wird. Auch iſt zu beachten, daß die Enterbungsgründe für Kinder im Geſetze ſelbſt ingratitudinis causae, wie anderwärts offensionis causae [85]), genannt werden, was auf eine individuelle Richtung der Beleidigung hindeutet, wenn gleich es auch einzelne Enterbungsgründe gibt, die abſoluter Natur ſind. Und dann wird auch durch eine bekannte Interpretationsregel die mildere Auslegung unterſtützt [86]).

Eine andere Frage iſt, ob man ſtrenge bei dem wörtlichen Inhalte des Geſetzes ſtehen bleiben müſſe und keine anderen Enterbungsurſachen anerkennen könne, als die ausdrücklich im Geſetze ausgeſprochenen [87])? Juſtinian erklärt, um die darin herrſchende Unſicherheit zu beſeitigen, finde er es angemeſſen, die Enterbungsgründe namentlich anzugeben, und es ſolle darnach Niemand mehr aus irgend einem anderen Geſetze einen Enterbungsgrund hernehmen, der nicht in dieſem neuen Geſetze enthalten ſei [88]). Darin liegt nichts mehr und nichts weniger als eine abrogatoriſche Clauſel in Betreff älterer geſetzlicher Beſtimmungen über denſelben Gegenſtand; die Auslegung des neuen Geſetzes ſelbſt wird dadurch nicht berührt, und ungegründet iſt die Meinung, als ſei deßhalb bei dieſem Geſetze eine beſonders ſtrenge Interpretation anzuwenden. Aber allerdings iſt es offenbar des Geſetzgebers Abſicht, die Enterbungsgründe erſchöpfend zu beſtimmen; und über die wahre Willensmeinung deſſelben darf der Ausleger nicht hinausgehen, ohne deßhalb gegen den Geiſt des Geſetzes ſich ängſtlich an den Buchſtaben binden zu müſſen. Daher darf man freilich keine neuen Enterbungsgründe aufſtellen, die unter den im Geſetze gebilligten nach der wahren Abſicht des Geſetzgebers nicht begriffen ſind; aber dieſe ſind nicht durchaus buchſtäblich zu nehmen. So wurde bei I. 6. ſchon angenommen, daß bei dem Enkel daſſelbe Vergehen die gleiche Wirkung habe wie beim Sohne, obwohl nur der Sohn genannt iſt. So darf man ge-

---

85) L. 22. 23. cf. L. 28. Cod. de inoff. test.

86) L. 155. §. 2. D. de reg. iur. Cf. Nov. 115. cap. 4. in f. — Vgl. Buchholtz, jur. Abh. S. 144 flg. Mühlenbruch a. a. O. S. 171 — 176.

87) Vergl. über die Literatur dieſer Streitfrage Glück, Bd. 7, S. 248, Note 11, 12. Bluntſchli, Erbfolge gegen den letzten Willen, S. 229—232. Franke a. a. O. S. 412—414. Mühlenbruch a. a. O. S. 176—184.

88) Nov. 115. cap. 3. pr.: Praeter illas nulli liceat, ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quae in huius constitutionis serie continentur.

wiß eben daſelbſt der Blutſchande mit der leiblichen Aſcendentin gleiche Bedeutung beilegen, obwohl nur die Stiefmutter genannt iſt, weil das Verbrechen mit dieſer eher vorkommt; denn das Beſtimmende iſt hier gewiß, die Verletzung, die in dem unerlaubten Umgange mit der Frau des eigenen Aſcendenten liegt. Nicht minder iſt man berechtigt, unter I. 8. auch die durch den Deſcendenten ſelbſt bewirkte Einſperrung in ein Schuldgefängniß zu ſtellen, obwohl eigentlich Niemand ſich für eine eigene Forderung verbürgen kann, und nach I. 2. II. 1. kann nicht blos enterbt werden, wer ſelbſt die Anklage erhoben, ſondern auch wer einen Anderen dazu vorgeſchoben hat [88a]). Uebrigens iſt die ganze Streitfrage von geringerer Bedeutung, als es auf den erſten Anblick ſcheint. Denn der unter II. 2. genannte Enterbungsgrund iſt von ſolch umfaſſender Bedeutung, daß viele der ſtreitigen Ausdehnungsfälle ſchon darunter begriffen ſind [89]).

Die einzelnen Enterbungsgründe ſetzen übrigens überall eine Schuld des zu Enterbenden voraus; denn die Enterbung wird als verdiente Strafe angeſehen. Demnach kann eine gegründete Urſache zur Enterbung nicht angenommen werden, wo es an der erforderlichen Zurechnungsfähigkeit fehlte, um ein Vergehen als ein in ſolchem Grade ſtrafwürdiges zu betrachten; auch nicht, wenn die Handlung, die an ſich einen Enterbungsgrund enthält, durch ungerechte Angriffe von der anderen Seite hervorgerufen, nur als Selbſtvertheidigung erſcheint. Hieraus ergibt ſich auch, daß postumi nach der Nov. 115. nicht giltig enterbt werden können, inſofern nicht im Voraus wegen eines künftig vielleicht erſt eintretenden Enterbungsgrundes die Enterbung für ſtatthaft angeſehen wird. Außerdem wird faſt allgemein angenommen, daß wegen eines von dem Beleidigten einmal vollſtändig verziehenen Vergehens die Enterbung nicht ferner mehr ſtattfinden könne, indem alsdann eine iusta offensionis causa nicht mehr vorhanden ſei [89a]). Dabei ſtreitet man jedoch darüber, ob durch die Ausſöhnung, ſo wie in einigen Fällen (I. 4. 10. 14.) durch anderweitige Beſeitigung der Enterbungsurſache, auch die bereits in einem giltigen Teſtamente ausgeſprochene Enterbung unwirkſam werde [90])? Die Novelle 115. hat nicht die Abſicht, blos formelle Beſtimmungen für die Teſtamentserrichtung zu geben, ſondern will die Gründe für Ausſchließung von der Erbfolge feſtſetzen, und ſchließt ſich in dieſer Beziehung offenbar an das Recht der querela inofficiosi testamenti an. Dabei aber iſt

---

88a) Vgl. Wangerow, Leitfaden, Bd. 2, H. 1, S. 301.

89) Mühlenbruch a. a. O. S. 181, 182. Zu weit geht darin freilich Bynkershök (obs. V. cap. 5), welcher behauptet, daß darunter überhaupt alle anderen Enterbungsgründe enthalten ſeien.

89a) Das Gegentheil vertheidigte in neueſter Zeit Marezoll, Zeitſchr. Bd. 6, H. 2, welchen beiſtimmt Wening-Ingenheim, Lehrb. (5. Aufl.), §. 492, Note z.

90) Noch unter den neueſten Schriftſtellern beantwortet ſie Franke, S. 415, bejahend; Mühlenbruch a. a. O. S. 185, 186 (gegen Glück, Bd. 7, S. 222) verneinend, welchem auch Wangerow, a. a. O. S. 302, beiſtimmt. Vgl. die Literatur bei Glück a. a. O.

das Entscheidende, ob zur Todeszeit noch ein Grund der Ausschließung vorhanden sei [91]). Und wenn nun angenommen wird, daß durch Aussöhnung ein bisher bestehender Enterbungsgrund beseitigt werde, eben so wie im Falle I. 10. durch Aenderung der Lebensweise, im Falle I. 14. II. 8. durch Bekehrung zur Rechtgläubigkeit, so muß dann auch eine früher schon erklärte Enterbung nunmehr für rechtswidrig gehalten werden. Aber die Verzeihung muß freilich eine wahre und vollständige sein, und im einzelnen Falle kann allerdings der Umstand, daß der Testator die Enterbung nicht ausdrücklich zurückgenommen hat, zum Beweise dienen, daß eine vollständige Aussöhnung nicht stattgefunden habe [92]).

Vergleicht man die jetzt angegebenen Bestimmungen der Novelle 115. mit den älteren Rechtsvorschriften über Enterbung, so zeigt sich vorerst, daß jetzt in einem viel weiteren Umfange von einer wahren Enterbung die Rede sein kann, als nach älterem Rechte. Es haben nämlich nun alle Descendenten, und die Ascendenten, sofern sie zunächst zur Intestaterbfolge gerufen wären, einen gesetzlichen Anspruch darauf, zu Erben eingesetzt zu werden, wenn der Erblasser ein Testament errichtet, und nur aus bestimmten, namentlich anzuführenden und als wahr zu erweisenden Gründen können sie ausgeschlossen werden; widrigenfalls können sie gegen das Testament als Intestaterben auftreten. Wenn nun auch nicht für nothwendig gehalten wird, die Ausschließung von der Erbfolge mit ausdrücklichen Worten auszusprechen, so kann man doch die in dieser Absicht aufgenommene ausdrückliche Anführung eines Enterbungsgrundes, ohne welche jene nicht bewirkt werden kann, füglich eine Enterbung nennen. Eine andere sehr bestrittene Frage aber ist es, wie sich nun das Recht der Novelle zu dem älteren Rechte über Enterbung der **sui heredes** praktisch verhalte? ob diese Vorschriften für diese nun auch auf die Enterbung der anderen in dem neuen Gesetze berücksichtigten Personen anzuwenden [93])? oder ob dieselben auch in Ansehung der **sui heredes** für aufgehoben zu achten und für alle nur eine gemeinschaftliche Bestimmung nach der Nov. 115. gelte [94])? oder ob das alte Recht der Exheredation als besonderes Recht für jene besondere Classe von Descendenten noch fortbestehe, und nur die Bestimmung der Novelle als eine neue, den sämmtlichen Descendenten und Ascendenten gemeinschaftliche hinzugekommen sei [95])? Die Frage steht in enger Verbindung mit der Untersuchung

91) Mayer, Erbrecht, Bd. 1, S. 281, Note 7.

92) Darauf beziehen sich Mühlenbruch und Vangerow a. a. O.; aber die Zweifelhaftigkeit der Versöhnung ist kein juristischer Grund gegen die Wirkung der unzweifelhaften Versöhnung, und unzweifelhaft, d. h. juristisch bewahrheitet, muß diese in jedem Falle sein. Wenn der letzte Schriftsteller hinzufügt, es widerstreite unsere Ansicht auch dem Grundsatze, daß ein Testament nicht durch den bloßen Willen des Testators aufgehoben werden könne, so paßt dieß nicht hierher, da hier nicht der Wille direct das Testament aufhebt. Außerdem passen beide Argumente nicht auf die Fälle, in welchen ohne Verzeihung der Enterbungsgrund wegfällt.

93) Puchta, Lehrb. §. 486.

94) Franke, S. 397 flg. Göschen, Civilrecht, Bd. 3, H. 2, S. 226.

95) Mühlenbruch, Bd. 37, S. 190 flg. Vangerow, Pand. Bd. 2, H. 1, S. 302. Mayer, Erbr. Bd. 1, §. 101, 103, Note 9.

über das Verhältniß der Novelle 115. zu dem älteren Notherbenrechte im Ganzen, und wird daher zweckmäßiger dem Artikel Notherben vorbehalten.

An diesem Orte ist schließlich noch der Fall zu berühren, wenn die Enterbung in guter Absicht vorgenommen worden ist (sogen. exheredatio bona mente). In der Regel liegt der Enterbung eine Abneigung des Testators gegen den Enterbten zum Grunde, und von diesem Gesichtspunkte geht auch offenbar die Novelle 115. aus, indem sie nur bestimmte Gründe solcher Abneigung als genügend zur Enterbung will gelten lassen. In mehreren Stellen der Justinianischen Rechtsbücher wird aber des Falles gedacht, daß ein Testator non notae causa, non mala mente ein Kind enterbt, sondern vielmehr in wohlmeinender Absicht, um das Beste desselben zu fördern und zu sichern; non ut eis obsint, sed ut eis consulant [96]). Dieß war nach älterem Rechte unbedenklich, wenn nur die Form der Enterbung beobachtet und der Inhalt der testamentarischen Disposition so beschaffen war, daß sie keinen Grund darbot, das Testament als lieblos (inofficiosum) anzufechten; denn die Enterbung als Ausschließung von der unmittelbaren Erbfolge war ja ohnehin ganz der Willkür des Testators anheim gegeben. Aber auch in einem Falle, in welchem nach prätorischem Rechte wegen Präterition das Testament hätte angefochten werden können, wird die bonorum possessio contra tabulas verweigert, weil die Anordnung des Testators im Ganzen auf den eigenen Vortheil des Kindes berechnet war, dessen Einsetzung oder Enterbung der Regel nach nothwendig gewesen wäre [97]). Und in einem anderen Falle wird die querela inofficiosi testamenti für unanwendbar erklärt, wenn der Einsetzung eines Kindes eine Bedingung hinzugefügt ist, durch welche der Vortheil desselben bezweckt wird, wenn gleich sie ihrer allgemeinen Natur nach eine solche ist, wegen deren dem Testamente wohl der Vorwurf der Liebllosigkeit gemacht werden könnte [98]). In diesen verschiedenen Stellen ist unleugbar der Gedanke anerkannt, daß eine auf das wahre Beste des Notherben abzweckende testamentarische Verfügung, wenn gleich sie sonst der Regel nach eine Verletzung der über die Berücksichtigung der Notherben geltenden Bestimmungen enthalten würde, doch als wirksam aufrecht zu erhalten sei [99]). Da nun die Novelle 115. augenscheinlich diesen Fall gar nicht berücksichtigt, sondern nur die gehässige Enterbung oder Präterition an strengere Bedingungen gebunden haben will, so ist man berechtigt, die Enterbung in guter Absicht auch jetzt noch für zulässig zu halten, wenn gleich keiner von den gesetzlichen Enterbungsgründen vorliegt. Und dieses ist denn auch von jeher die herrschende

96) L. 18. D. h. t. L. 12. §. 2. D. de bonis libert. (38. 2.) Cf. L. 16. D. de curator. fur. (27. 10.)

97) L. 16. D. de bon. poss. c. tab. (37. 4.)

98) L. 25. Cod. de inoff. test. (3. 28.)

99) Nur die Versäumung der nach dem alten Civilrechte erforderlichen Enterbungsform mag wohl immer als Grund der Ungiltigkeit des Testamentes angesehen worden sein, indem dabei nicht eine solche Nachsicht, wie nach L. 16. cit. bei der prätorischen Erbfolge, anwendbar war.

Meinung gewesen. Zwar ist dieselbe nicht unbestritten, und hat selbst noch in der neuesten Zeit einige namhafte Gegner gefunden[100]), ist aber gegen diese Angriffe auch schon mit Erfolg wieder in Schutz genommen worden[101]). Arndts.

**Entführung** (crimen raptus). So selten Fälle der Entführung bei uns zur richterlichen Cognition und Bestrafung kommen, so controvers sind die meisten dieses Verbrechen betreffenden Lehrsätze: ein Umstand, der sowohl in der eben erwähnten Seltenheit, welche eine bestimmte Ausbildung der Praxis nicht gestattete, als in der Beiläufigkeit seinen Grund zu haben scheint, mit welcher die spätere Gesetzgebung in ihren Modificationen des hier ziemlich speciellen Justinianischen Rechtes dieses Verbrechen behandelte. Erst die neuere Territorialgesetzgebung hat sich genauer, ja z. B. sehr ausführlich (wie die sächsische), über dasselbe ausgesprochen; Seiten der Doctrin ist weniger aus dem Standpunkte der Criminalpolitik[1]), als der reinen Dogmatik, und weniger in Monographien[2]), als in den betreffenden Abschnitten umfassenderer Handbücher in dieser Beziehung geleistet worden.

Der richtigste Gesichtspunkt, unter welchen das Verbrechen der Entführung zu stellen ist, scheint der eines Eingriffes in die persönliche Freiheit zu sein[3]).

Die Grundsätze, welche das römische Recht **vor** Constantin über Entführung enthielt, sind nur sehr mangelhaft aus wenigen Quellenstellen[4]) zu erkennen, welche über den Thatbestand der Entführung so gut wie gar keinen Aufschluß geben und blos zeigen, daß man dieselbe nach der lex Julia de vi strafte. Constantin aber gab im Jahre 317 eine besondere Verordnung[5]) über dieses Verbrechen, welche sich durch Härte,

---

100) Unterholzner, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 2, S. 52, 53, vorzüglich aber Franke a. a. O. S. 422—444.

101) Siehe vorzüglich Mühlenbruch a. a. O. Bd. 37, S. 391—465. Vgl. Göschen, Civilr. Bd. 3, H. 2, S. 233—236.

1) Nur Tittmann's Beiträge zur Lehre von dem Verbrechen gegen die Freiheit, insbesondere vom Menschenraube und der Entführung, würden diesem Standpunkte, wenn gleich gegen die Absicht des Verfassers, zu vindiciren sein.

2) Die ältere Literatur s. bei Kappler, Handbuch der Literatur des Criminalrechtes, S. 673 flg. Von neueren Monographien ist nur Blümner (de raptu, eine leipziger Diss. von 1788) zu erwähnen; denn Chotin (de crimine raptus, eine Genter Diss., Tornaci 1825, 4.) ist wenigstens für das römische Recht sehr unbedeutend, und über Heßler s. Wächter, Lehrb. Bd. 2, S. 27. — Wichtig ist ein Aufsatz von Hepp, im Archiv für Criminalrecht, Bd. 14, H. 4, Nr. 21; höchst bedeutend, namentlich für das Geschichtliche, Wächter, in seinen Abhandlungen aus dem Strafrechte ꝛc., Bd. 1 (Leipzig 1835), S. 41 flg.

3) Denselben erkennen auch z. B. das bayersche, würtembergische, sächsische StGB. an; die ältere Doctrin subsumirte die Entführung unter die Fleischesverbrechen, einige Neuere, unter ihnen Wächter, behandelten sie als Unterart des crimen vis. S. aber Abegg, Lehrb. §. 274.

4) L. 5. §. 2. L. 6. D. ad leg. Jul. de vi publ. (48. 6.) L. un. C. de rapt. vir. (9. 13.)

5) L. 1. Cod. Th. 9. 24.

ja Grauſamkeit der darin angedrohten Strafen (Feuertod dem Entführer und der freiwillig folgenden Entführten in den Mund Gießen geſchmolzenen Bleies, den Beiſtand leiſtenden Ammen, anderen Sclaven in demſelben Falle Feuertod, und Deportation den connivirenden parentes oder ſonſtigen Gehilfen) auszeichnet, und für die Beurtheilung des Thatbeſtandes einen doppelten Geſichtspunkt (Verletzung der Familiengewalt der parentes — Gewalt gegen die Entführte ſelbſt) aufſtellt, nach dem Zwecke aber (ob Unzucht — ob Erpreſſung der Ehe) keinen Unterſchied macht. Die Praxis umging, ſpätere Geſetzgebung änderte dieſes exorbitante Geſetz, theils durch Milderung des Feuertodes in die Strafe des Schwertes [6]), theils durch Beſchränkung der Verjährung auf fünf Jahre für den Fall, daß der Entführer die Entführte heurathe [7]); dagegen ſprach Conſtantin nur eine, ſich faſt von ſelbſt verſtehende Conſequenz des Conſtantiniſchen Geſetzes in der Beſtimmung aus, daß auch eine Nonne, ſelbſt in dem Falle nachmaliger Genehmigung, Object der Entführung ſein könne [8]), und Jovianus brachte eine Inconſequenz in die Geſetzgebung, indem er die Strafen der Entführung auch für den Verſuch, eine Nonne zur Ehe oder zur Unzucht zu verleiten, androhte [9]). Juſtinian — abgeſehen davon, daß ihn beſondere Rückſicht auf die Kloſterjungfrauen beſtimmt zu haben ſcheint, nicht blos die eben gedachte Vorſchrift des Jovianus in ſeinen Codex aufzunehmen [10]), ſondern auch ſein eigenes ſogleich zu erwähnendes Geſetz in ſpecieller Anwendung auf dieſelben zu wiederholen [11]) — erließ 528 eine das frühere Recht aufhebende Verordnung [12]), in welcher er ſehr verſchiedene Geſichtspunkte (Verletzung der Familiengewalt, Entziehung des Schutzes des Staates oder Angehöriger, Gefahr für weibliche Ehre oder wirklicher Zwang in Bezug auf dieſe) vereinigte, ſo daß die Entführung nach ihm beſteht in der Bemächtigung einer ehrbaren Frauensperſon, durch welche dieſelbe in die Gewalt eines Mannes kommt, entweder wider ihren eigenen Willen, oder doch ohne Einwilligung derjenigen, von denen ſie abhängig iſt [13]), und zwar zum Zwecke, dieſe Gewalt entweder zur Verleitung zur Unzucht oder zur Erzwingung der Ehe zu benutzen. Die Strafe iſt Tod durch das Schwert und Vermögensverluſt; Milderungsgründe liegen wenigſtens in der Erbietung zur Ehe, oder in dem Unter-

---

6) L. 2. eod.
7) L. 3. eod.
8) L. 1. Cod. Th. 9. 25.
9) L. 2. Cod. Th. 9. 25.; eine Beſtimmung, welche durch die Herabſetzung der letzteren Strafe auf Deportation und Vermögensconfiscation (durch Honorius und Theodoſius 420, L. 3. eod.) gemildert wurde.
10) L. 5. C. de episc. et cler. (1. 3.)
11) L. 54. eod. Vgl. Nov. 123. cap. 43. Die Beſtimmungen der letzteren ſind auch im canoniſchen Rechte adoptirt. Caus. XXVII. qu. 1. can. 30.
12) L. un. C. de rapt. virg. (9. 13.)
13) Nicht blos der parentes, ſ. Wächter a. a. O. S. 55 flg., welcher ebendaſelbſt auch über die ſehr beſtrittenen Fragen: ob die Wegführung einer einwilligenden Wittwe zum Zwecke der Ehe, und die Entführung der eigenen Braut nach römiſchem Rechte ſtrafbar ſei, ſpricht, und die erſtere bejaht, hinſichtlich der letzteren aber gegen die gewöhnliche Anſicht nachweiſt, daß Juſtinian dieſen Fall nicht beſonders berührt habe.

bleiben der Unzucht nicht, doch macht sich die Entführte als solche auch keiner Theilnahme an dem Verbrechen schuldig; die Befugniß gewisser Personen, den Entführer bei der That geradezu zu tödten, ist auf die Bedingungen der Nothwehr zu beschränken [14]). — Das canonische Recht hält im Allgemeinen den Standpunkt des römischen fest [15]), schließt aber, wahrscheinlich in Folge der überhaupt in ihm vorwaltenden Begünstigung der Ehe, zwei Fälle der zum Zwecke der letzteren geschehenen Entführung von dem Begriffe des Verbrechens aus: die Entführung der eigenen Braut oder eines anderen einwilligenden Mädchens, nach vorhergegangener, wenn gleich wider Willen der Eltern, geschehener Verlobung [16]); außerdem ist die Todesstrafe in der Regel auf kirchliche oder doch gelindere weltliche Strafen reducirt [17]). — Die C. C. C. spricht nur in sehr beschränkter Maße von der Entführung [18]).

Nach gemeinem teutschen, auf die angeführten Quellen sich gründenden, Rechte ist unter Entführung zu verstehen eine solche widerrechtliche Entfernung einer unbescholtenen Frauensperson durch einen Mann, in Folge deren sie entweder wider ihren oder doch wider den Willen derer, deren rechtlicher Gewalt sie unterworfen ist, auf eine die weibliche Ehre gefährdende Weise in des Entführers Gewalt gekommen ist: eine Bemächtigung und Entfernung, welche zum Zwecke der Unzucht oder der Erzwingung der Ehe geschieht. Es kann also 1) Subject des Verbrechens nur ein Mann, 2) Object desselben nur eine Frau sein; die Familienabhängigkeit der letzteren ist durch die C. C. C. auf das Verhältniß der Ehefrau zum Ehemanne, und der Haustochter zum Vater beschränkt, so daß nur bei diesen es nicht auf ihren Dissens [19]), sondern auf den der

---

14) Abegg, Untersuchungen ꝛc. S. 178 flg. — Hefftter geht in seinem Lehrbuche, §. 461, Note 1, noch weiter, indem er in der bezüglichen Stelle der L. un. h. tit. die Andeutung eines höchst summarischen Verfahrens vor Gericht findet, und also die Nothwendigkeit einer obrigkeitlichen Concurrenz statuirt. Vgl. Wächter a. a. O. S. 66.

15) Die Unhaltbarkeit der Ausdehnung, welche Gratian in caus. XXXVI. qu. 1. dem Verbrechen der Entführung geben will, ist von Wächter a. a. O. S. 67 flg. dargethan.

16) Caus. XXXVI. qu. 2. can. 5. — Cap. 6. X. 5. 17.

17) Caus. XXXI. qu. 1. c. 3. qu. 2. c. 1. 4. — Cap. 4. X. 5. 17.

18) Art. 118: Straff derjenigen, so Eheweiber oder Jungfrauen verführen. So einer jemand sein Eheweib oder eine unverleumbde Jungfrauen wider des Ehemanns oder des ehelichen Vatters Willen einer unehrlichen Weiß entführtt, darum mag der Ehemann oder Vatter, unangesehen, ob die Ehefrau oder Jungfrau ihren Willen darzu gibt, peinlich klagen, und soll der Thäter, nach Satzung unserer Vorfahrn, und unser Kayserlichen Rechten, darumb gestrafft und derhalben bei den Rechtsverständigen Raths gebraucht werden.

19) Nur in dem Falle würde ihr Widerspruch die Annahme einer Entführung rechtfertigen, wenn Vater oder Ehemann pflichtvergessen einwilligen, weil diese Pflichtverletzung den Begriff der Abhängigkeit in so weit aufhebt; s. Abegg, Lehrbuch S. 380. — Hepp, a. a. O. S. 986, nimmt dieß nur bei der Ehefrau an. — Daß im entgegengesetzten Falle (Consens der Entführten, Dissens der genannten Personen) Entführung nicht vorhanden sei, behaupten von Neueren nur Henke und Tittmann.

genannten Personen ankommt, von denen sie abhängig sind. Dagegen ist andererseits die Wegführung eines in dieser Weise nicht familienabhängigen Frauenzimmers, wenn es freiwillig folgt, so wenig, als die einer elternlosen fremden Braut unter derselben Voraussetzung als Entführung zu bestrafen, wenn auch im ersteren Falle der Vormund, im letzteren der Bräutigam nicht eingewilligt haben [20]). Da die Wegführung der eigenen Braut (wider ihren Willen), wenn sie die Eingehung der Ehe bezweckt, von der C. C. C. übergangen, von dem canonischen Rechte gegen das römische aber für straflos erklärt ist, so kann dieselbe nur, wenn sie zum Zwecke außerehelicher Geschlechtsgemeinschaft geschieht, für Entführung angesehen werden [21]). Hinsichtlich der Klosterfrauen scheint [22]) in der C. C. C. darum nichts bestimmt zu sein, um Landesgesetzgebungen nicht vorzugreifen. 3) Zweck und Richtung der verbrecherischen Handlung ist durch die vielfach gedeuteten Worte der C. C. C. „unehelicher Weise" jedenfalls nicht auf die Absicht der Unzucht zu beschränken, da wenigstens die Wegführung einer Widerstrebenden zum Zwecke der Ehe unter den Gesichtspunkt der Entführung fällt [23]), wenn gleich das abweichende canonische Recht nicht ohne Einfluß auf die Abfassung des betreffenden Artikels der C. C. C. gewesen sein mag [24]). 4) Die Handlung selbst besteht in einem Wegführen von dem derzeitigen Aufenthaltsorte — Zurückhalten reicht so wenig hin, als andererseits das Bringen an einen entfernten Ort nöthig ist [25]) — und kann, wo es sich um die mangelnde Einwilligung der Entführten selbst handelt, wenigstens durch List oder Betrug allein nicht ausgeführt werden, wiewohl schon das gewaltsame Zurückhalten der durch List Entführten hinreicht [26]). Consummirt ist daher die Entführung, wenn die Entführte sich so in der Gewalt des Entführers befindet, daß ihm die Erreichung seiner Absichten möglich ist; das wirkliche Erreichen ist nicht erforderlich. — Als gemeinrechtliche Strafe ist, da die C. C. C. auch auf den Rath der Rechtsverständigen verweist,

---

20) S. Wächter, Lehrbuch, Bd. 2, S. 33 flg., Note c u. e. — Einige Aeltere, wie Kreß (ad h. art. C. C. C.) und Blümner, lassen auch den Dissens der Verwandten und Vormünder, oder doch wenigstens, wie Böhmer, den der Mutter gelten; ihnen folgt Heffter, Lehrb. §. 459 flg.

21) S. Wächter, Abhandlungen, S. 75. Vgl. Hepp a. a. O. S. 490.

22) Wie Wächter a. a. O. S. 83, nach Roßhirt's Vorgange (Lehrb. §. 209) darlegt und Abegg a. a. O. S. 380, gleichfalls annimmt.

23) Blos auf die Art der Wegführung, gar nicht auf die Absicht will sie Tittmann bezogen wissen, in seinen Beiträgen zur Lehre von dem Verbrechen gegen die Freiheit, S. 41 flg.

24) Dieß vermuthet namentlich Biener, im Archiv des Cr.-R., Bd. 10, S. 606.

25) Jenes behauptete sogar Feuerbach, dieses widerlegte schon Leyser (medit. spec. 593. med. 10). Vergl. Wächter, Abhandl. S. 93 flg. Den Umfang der Handlung bezeichnet sehr genau Mittermaier zu Feuerbach (13. Ausg.), S. 374, Note I.

26) Mehrere, wie namentlich Feuerbach §. 257, nehmen zwei Arten der Entführung, durch Betrug und durch Gewalt, an. S. hierüber Wächter, Lehrb. Bd. 2, S. 33, Note 32. Daß auf Ueberredungskünste, Schmeicheleien hierbei kein Werth zu legen sei, zeigt jedoch schon Feuerbach a. a. O. Note a.

nicht unbedingt die Strafe des Schwertes und der Vermögensconfiscation anzusehen, welche das römische Recht vorschreibt, sondern dem canonischen Rechte wenigstens der Einfluß auf dieselbe zuzugestehen, daß bei nachfolgender Ehe der Betheiligten nur eine außerordentliche Strafe eintritt [27]). Das römische Recht wird aber bei dem Stillschweigen der C. C. C. Anwendung finden in Betreff der Strafe, welche die freiwillig folgende, familienabhängige Frauensperson trifft: Versuch und Theilnahme sind nach allgemeinen Grundsätzen des einheimischen Rechtes zu bestrafen.

Von diesen Grundsätzen wich und weicht die gemeinrechtliche Praxis in Teutschland vielfach ab, indem sie theils strenger (in Ausdehnung des Begriffes einer unverleumdeten Frauensperson, in Einschreiten von amtswegen), theils milder (blos außerordentliche Strafe bei Entführung zum Zwecke der Ehe, bei nicht verübter Unzucht u. dgl.) war; die Todesstrafe kam allmälig und insbesondere seit der Mitte des 18. Jahrhunderts ganz ab, und an ihre, so wie an die Stelle der schon früher unterbliebenen Vermögensconfiscation trat eine zeitliche Freiheitsstrafe [28]). Diese letztere Strafe in mehrfachen Abstufungen ist auch in fast allen neueren Particulargesetzgebungen anerkannt [29]). Die Entführung einer Einwilligenden bedroht das österreichische Gesetzbuch, Art. 81, mit schwerem Kerker von 6 Monaten bis 1 Jahr (wenn sie mündig ist); das würtembergische StGB., Art. 278, mit Gefängniß (wenn sie über 16 Jahr alt ist); das sächsische CGB., Art. 148, mit 2—8 Monaten (wenn sie über 14 Jahr alt ist und im elterlichen Hause lebt oder verheurathet ist, zum Zwecke der Unzucht entführt), und Art. 153, 1—3 Monate Gefängniß (bei gleichem Alter zum Zwecke der Ehe); das preußische CR., §. 1100, 6 Monate bis 2 Jahr Gefängniß (zum Zwecke der Ehe); das bayersche Gesetzbuch von 1813 erklärt die Entführung durch Einwilligung bei Personen über 12 Jahr für ausgeschlossen; das braunschweigische CGB. in Art. 171 setzt (bei einer Ehefrau oder einer über 15 Jahr alten ledigen Person) Zwangsarbeit nicht unter 1 Jahr, wenn aber letzterenfalls die Entführung zum Zwecke der Ehe geschah, Gefängniß von 6 Monaten bis 1 Jahr fest [30]). Den Fall der Nichteinwilligung und den der Entführung einer

---

27) Inwiefern aus den Worten der C.C.C. in Verbindung mit der Abweichung von der Bambergensis, welche eine absolute Strafsatzung enthält, die angedeutete Modification zu folgern sei, zeigen namentlich Wächter, Abhandl. S. 85 flg., und Abegg a. a. O. S. 382; ersterer vertheidigt auch die Anwendbarkeit der Vermögensconfiscation, letzterer verbreitet sich S. 383 noch weiter über den Umfang des Klagerechtes wegen Entführung.

28) S. auch hierüber Wächter a. a. O., der daselbst auch eine der bedeutendsten älteren Territorialgesetzgebungen über diesen Gegenstand, die der sächsischen constitut. electorales von 1572 (C. ined. 19.) genauer darstellt.

29) Nur in dem sardinischen Gesetzbuche (Art. 334) ist die gewaltsame Entführung einer Nonne mit Todesstrafe bedroht. — Der Code pénal setzt (Art. 354) auf enlèvement des mineurs im Allgemeinen peine de la reclusion (5—10 Jahre); ist die Entführte unter 16 Jahr, so treten travaux forces à temps (5—20 Jahre), und bei der Entführung einer Einwilligenden, je nachdem der Entführer 21 Jahr alt oder jünger ist, dieselbe Strafe oder emprisonnement (2—5 Jahre) ein. Art. 355, 356.

30) Die drei neueren bayerschen Entwürfe nehmen als Grenzpunkt des Al-

unerwachſenen, wenn gleich einwilligenden Perſon behandeln das braunſchweigiſche Geſetzbuch a. a. O., das öſterreichiſche Geſetzbuch (§. 81 — unmündige Perſon), das würtembergiſche (Art. 278 — Perſonen unter 16 Jahren) als gleich ſtrafbar, und zwar droht das erſte im Allgemeinen Zuchthausſtrafe, das zweite ſchweren Kerker von 5—10 Jahren, das dritte 6 Monate Arbeitshaus bis 8 Jahre Zuchthaus. Das ſächſiſche CGB. trennt dieſe beiden Fälle, und beſtraft, wenn die Entführung zum Zwecke der Unzucht geſchah, den erſteren mit 1—4 Jahre Zuchthaus zweiten Grades, den zweiten (Perſonen unter 14 Jahren) mit 1—3 Jahre Gefängniß, bei erreichter Abſicht mit 1—3 Jahre Arbeitshaus (Art. 148, 149); wenn die Entführung zum Zwecke der Ehe geſchah, gleichfalls mit 1—3 Jahre Arbeitshaus (Art. 152, 153). Das preußiſche CR., §. 1095, bedroht den erſteren Fall, bei beabſichtigter Entehrung, mit 2—3 Jahre Zuchthaus, bei vollbrachter Entehrung mit 8 Jahre Feſtung; derſelbe iſt im bayerſchen Geſetzbuche, Art. 203, mit 1—4 Jahre, 4—8 Jahre Arbeitshaus belegt[31]). — Die Ausdehnung des Begriffes der Entführung in der Maße, daß ſie auch an Männern verübt werden kann, iſt dem bayerſchen, dem würtembergiſchen und dem ſächſiſchen Geſetzbuche eigenthümlich.

H. Schletter.

**Erbeinſetzung** (heredis institutio)[1]) iſt die letztwillige Verfügung, durch welche Jemand zur Erbſchaft berufen wird; und zwar wird darunter nach der engeren und eigentlichen Bedeutung des Wortes Erbe regelmäßig nur die Ernennung eines unmittelbaren Nachfolgers in die Geſammtheit des Vermögens verſtanden, directe Erbeinſetzung[2]). Dieſe kann nur in einem Teſtamente geſchehen, und Ernennung eines Erben iſt zugleich weſentlicher Inhalt eines Teſtamentes, ſo daß kein Teſtament möglich iſt ohne Erbeinſetzung, wie keine Erbeinſetzung ohne Teſtament. Was nun überhaupt zur Errichtung eines Teſtamentes erforderlich, das iſt an einem anderen Orte dieſes Werkes auszuführen[3]). Hier aber iſt näher zu betrachten, was die Erbeinſetzungen unmittelbar angeht, und da fragt

---

ters verſchiedene Jahre: 12 (der von 1822), 15 (der von 1827), 14 (der von 1831) an, und ſetzen Arreſtſtrafe, im Maximum von 3 Monat; der badiſche E. droht (wenn die Einwilligende über 16 Jahr, aber unter 21 Jahr alt iſt) Kreisgefängniß bis 1 Jahr oder Arbeitshaus.

31) Die gedachten bayerſchen Entwürfe ſetzen 4, reſp. 5 Jahr Arbeitshaus als Maximum und faſſen beide Fälle unter einen Geſichtspunkt; der badiſche E. droht 3 Monate bis 1 Jahr Kreisgefängniß oder Arbeitshaus, bei erreichtem Zwecke bis zu 8 Jahr Zuchthaus.

1) Inst. de heredibus instituendis. (2. 14.) Dig. de heredibus instituendis. (28. 5.) Cod. de heredibus instituendis et quae personae heredes institui non possunt. (6. 24.) Mühlenbruch's Fortſetzung von Glück's Erläuterung der Pandekten, Bd. 39, S. 116, bis Bd. 40, S. 247.

2) Vgl. Ulp. XXII. 11: Directo heres institui. Cai. II. 248: Recto iure heres instituatur. L. 5. Cod. de impuberum et al. subst. (6. 26.): Directae substitutiones. Den Gegenſatz bildet das Univerſalfideicommiß, das man als indirecte, fideicommiſſariſche, Erbeinſetzung bezeichnen könnte.

3) Vgl. den Art. Teſtament.

sich denn vor Allem, I) welche Personen giltig zu Erben eingesetzt werden können?

Die Fähigkeit zum Erben eingesetzt zu werden, heißt den Römern testamenti factio, in der modernen juristischen Kunstsprache insbesondere testamenti factio passiva, zur Unterscheidung von der Fähigkeit, selbst ein Testament zu errichten, welche ebenfalls testamenti factio (bei den Neueren activa) genannt wird. Jene Institutionsfähigkeit aber ist noch zu unterscheiden von der Fähigkeit, kraft testamentarischer Berufung eine Erbschaft zu erwerben, capere posse hereditatem (legata), ius capiendi, daher capacitas, Erwerbfähigkeit. Natürlich kann diese nicht bestehen ohne Voraussetzung jener, und auch der giltig Eingesetzte kann die Erbschaft nicht ex testamento erwerben, capere, wenn er jene Fähigkeit zur Zeit, da der Erwerb stattfinden soll, nicht mehr hat. Es ist daher sehr erklärlich, daß wohl auch das Vorhandensein der testamenti factio durch capere posse bezeichnet wird [4]), und es ist nicht auffallend, daß von solchen, welchen die testamenti factio fehlt, auch wohl nur gesagt wird: eos capere non posse, capere prohiberi [5]). Die Verschiedenheit beider Begriffe aber zeigt sich darin, daß ein solcher, der blos incapax ist, wohl giltig zum Erben eingesetzt werden kann, während der Mangel der testamenti factio die Möglichkeit giltiger Erbeinsetzung völlig ausschließt. So waren nach der lex Julia et Papia Poppaea die Ehrlosen, nach der lex Junia Norbana die Latini Juniani unfähig, testamentarische Erbschaften zu erwerben; sie konnten aber allerdings giltig zu Erben eingesetzt werden; es fehlte ihnen nicht testamenti factio, obwohl den Latinen durch besondere Bestimmung auch die Möglichkeit, ein Testament zu errichten, genommen war. Erst dann, wenn sie als eingesetzte Erben die Erbschaft erwerben wollten, wurde gefragt, ob sie jetzt erwerbfähig seien, und sie wurden zum Erwerbe sogar noch zugelassen, wenn nur innerhalb der festgesetzten Antretungs- (Cretions-) Frist oder eines Zeitraums von hundert Tagen nach Delation der Erbschaft der

---

4) §. 4. J. de hered. qualitate (2. 19.): Testamenti factionem... habere videtur... etiam qui ex alieno testamento vel ipse capere potest, vel alii adquirere. Cf. Cic. pro Caecina cap. 35. L. 73. §. 1. D. de legat. I.

5) L. 1. Cod. h. t. Ulp. XVII.1. Cai. II. 110. Wenn der Letztere sich ausdrückt: es sei den Soldaten erlaubt, peregrinos et latinos instituere heredes vel iis legare, cum alioquin peregrini quidem ratione civili prohibeantur capere hereditatem legatave, latini vero per legem Juniam, so wollte er damit sagen, daß die genannten Personen auch ohne Veränderung ihres jetzigen Status kraft der Erbeinsetzung Erben des Soldaten werden könnten, vergl. L. 5. Cod. de test. milit. (6. 21.), gegen die sonst geltende Regel, zu deren Bezeichnung er sich daher des für beide passenden Ausdruckes bedient: capere prohibentur; denn giltig einsetzen konnte den Latinus auch jeder Andere, der nicht Soldat war. Vgl. die folg. Anm. Hiernach schließt die Gestattung, gewisse Personen zu Erben einzusetzen, wohl auch die Anerkennung ihrer Erwerbfähigkeit in sich. L. 13. §. 2. D. de test. milit. Vgl. Anm. 8. Einmal findet sich auch der Ausdruck libera testamenti factio est, wo nur gesagt werden soll, daß vir et uxor inter se solidum capere possunt. Ulp. XVI. 1.

Mangel der Capacität beſeitigt worden [6]). Die Einſetzung des blos Erwerbunfähigen iſt alſo nicht pro non scripta; ſie iſt nur erfolglos für den Eingeſetzten, wenn er nicht ſpäter erwerbfähig wird. Die Einſetzung desjenigen aber, cum quo non est testamenti factio, iſt von Anfang an nichtig; das Teſtamentsgeſchäft kann mit einem ſolchen [7]) oder in Beziehung auf ihn als eingeſetzten Erben nicht giltig vollzogen werden, und wenn auch derſelbe ſpäterhin die Fähigkeit erlangt, ſo kann er doch nicht vermöge der urſprünglich ungiltigen Erbeinſetzung Erbe werden. Zur Zeit der Teſtamentserrichtung wird testamenti factio des Eingeſetzten erfordert, ut constiterit institutio; ſie muß dann auch, ut effectum habeat institutio, im Zeitpunkte des Erbanfalles und von da an bis zum wirklichen Erwerbe vorhanden ſein [8]). Dieſe Regel gilt wie für unbedingte, ſo auch für bedingte Erbeinſetzungen, bei welchen nur der Zeitpunkt des Erbanfalles ein anderer ſein kann, wie bei jenen [9]). Die Annahme, daß ein ſolcher, cum quo non est testamenti factio, unter Bedingung doch giltig zum Erben eingeſetzt werde, würde eigentlich einen Widerſpruch in ſich ſchließen. Gleichwohl wird von Manchen behauptet, die Einſetzung eines gegenwärtig Unfähigen ſei wenigſtens dann giltig, wenn ſie ausdrücklich auf den Fall, daß dieſer künftig fähig werde, geſtellt

---

6) Ulp. XX. 1—3. vgl. mit XI. 16. XX. 8. 14. XVII. 1. Cai. II. 111. 144. 286. I. 23. 24. Cf. L. 52. D. de legat. II.

7) Vgl. §. 10. J. de test. ord. (2. 10.): Totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter heredem et testatorem agi, ſo wie ſonſt inter testatorem et familiae emtorem, der urſprünglich ſelbſt der Erbe war. Cai. II. 105.

8) L. 49. §. 1. L. 59. §. 4. D. h. t. §. 4. J. de hered. qual. Cf. L. 201. 210. D. de reg. iur. Es iſt wieder beſonderes Recht der Soldatenteſtamente, daß die Erbeinſetzung eines ſolchen, der zur Zeit ſelbſt vom Soldaten nicht giltig zur Erbſchaft berufen werden kann, convaleſcirt, wenn jener nur ſpäterhin dieſe Fähigkeit erlangt; z. B. ſogar die Einſetzung eines servus poenae, wenn dieſer nur mortis tempore in civitate oder vielmehr talis inveniatur, ut a milite institui poterit. L. 13. §. 2. D. de test. milit. (29. 1.) Denn der Peregrinus kann auch als ſolcher ex testamento militis erben. L. 5. Cod. de test. milit. Anm. 5.

9) L. 49. cit. in f.: Medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris vel conditionem existentem mutatio iuris heredi non nocet, quia tria tempora inspicimus, alſo auch bei der bedingten Erbeinſetzung das tempus facti testamenti. Cf. L. 59. §. 4. cit.: Si heres institutus scribendi testamenti tempore civis romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum est: heres fit, si intra illud tempus .... redierit ... quo tempore conditio existit, sc. si sub conditione institutus est. Man hat zwar, indem man die regula Catoniana gegen den Ausſpruch der L. 3. D. de reg. Cat. auch auf die Erbeinſetzung übertrug, in L. 4. D. ibid. vgl. mit L. 41. §. 2. in f. D. de legat. I. den Beweis finden wollen, daß bei bedingter Erbeinſetzung zur Zeit der Teſtamentserrichtung testamenti factio nicht erfordert werde. Vgl. Donell. comment. lib. VI. cap. 17. §. 30. Allein daß die Catonianiſche Regel die auch bei bedingten Legaten erforderliche Erbfähigkeit gar nicht berühre, iſt dargethan von Arndts, im rhein. Muſ. Bd. 5, S. 209—215, und wie, wenn man dieſer Anſicht auch nicht beiſtimmt, doch L. 4. cit. anders zu erklären ſei, iſt gezeigt worden von Müller, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 14, S. 281, und beſonders von Mühlenbruch a. a. O. Bd. 39, S. 138—144.

sei[10]). Diese Behauptung gründet sich auf L. 62. pr. D. de heredibus instit.[11]) Allein es liegt sehr nahe, diese Stelle auf den Fall blos mangelnder Capacität zu beziehen, so daß dadurch das Erforderniß der testamenti factio für die Zeit der Testamentserrichtung nicht berührt ist[12]). Da es vorkommen kann, daß Jemand, der giltig eingesetzt ist, doch bei Eröffnung der Erbfolge zu erwerben unfähig sei, so ist man nicht berechtigt, in der Anerkennung der Giltigkeit einer Erbeinsetzung in tempus capiendae hereditatis eine Ausnahme von der Regel zu finden, daß ein zur Zeit Einsetzungsunfähiger nicht eingesetzt werden könne[13]); zumal auch darin immer noch eine benevolentia iuris liegt, daß die Erwerbfähigkeit nicht unbedingt in dem Zeitpunkte der Delation oder in dem gesetzlich bestimmten Zeitraume nach derselben, in welchem sie der Regel nach vorhanden sein müßte, erforderlich sein soll, sondern vielmehr dem Testator gestattet wird, die Delation auf den Zeitpunkt später eintretender Erwerbfähigkeit hinauszuschieben[14]). Freilich sind die obengenannten eigenthümlichen Fälle bloßer Incapacität im Justinianischen Rechte weggefallen[15]), und man könnte daher wahrscheinlich finden, daß die Compilatoren desselben der L. 62. pr. cit. eine andere Bedeutung beigelegt ha-

---

10) Diese von älteren Schriftstellern fast allgemein angenommene Meinung vertheidigen jetzt noch unter Anderen Mayer, Erbrecht, Bd. 1, S. 45, und Mühlenbruch a. a. O. S. 145—157.

11) In tempus capiendae hereditatis institui heredem posse benevolentiae est, veluti: Lucius Titius quum capere potuerit heres esto. Idem et in legato.

12) Aeltere Schriftsteller, die dieses annehmen, sind namentlich Bachov ad Treutler. II. 11. thes. 3. in f. Vinnius ad pr. et §. 9. J. de hered. instit. (welcher sagt: Qui tamen casus [L. 62. cit.] a doctioribus omnibus restringitur ad eos, qui non simpliciter incapaces sunt, sed secundum quid, quales sunt orbi, coelibes). Chesi interpretat. iur. I. cap. I. (in Heineccii iurispr. Rom. et Att. II. p. 5 sq.). Voet ad pand. XXVIII. 5. §. 22. Pothier, pand. Just. n. 183. in f. In neuester Zeit haben sich dafür ausgesprochen Müller, Natur der Schenkung auf den Todesfall, S. 86. Hasse, im rhein. Mus. Bd. 3, S. 413. Arndts, das. Bd. 5, S. 212. Wangerow, über die Latini Juniani, S. 113, 114, u. Leitfaden für Pand. Bd. 2, S. 84, 88. Puchta, Lehrb. §. 464, Note w.

13) Zwar glaubt Mayer, a. a. O., es müsse hier, wie sonst, im Zweifel die allgemeinere Bedeutung von capere beibehalten werden, wornach es auch die Einsetzungsfähigkeit begreift. Allein capere hereditatem posse bedeutet an sich eigentlich nie die Fähigkeit, eingesetzt zu werden, und tempus capiendae hereditatis ist nur die Zeit, da der Eingesetzte fähig zum Erwerbe sein werde. Eingesetzt aber muß er zuvor sein, und dazu, ut constiterit institutio sc. ab initio, ist testamenti factio des Eingesetzten erforderlich testamenti facti tempore. Allerdings kann nun wohl der Grund, warum derselbe zur Zeit des Todesfalles nicht erwerben kann, ein solcher sein, der auch die Fähigkeit eingesetzt zu werden ausschließen würde, wenn jetzt erst das Testament errichtet werden sollte; aber in Beziehung auf die einmal giltige Erbeinsetzung kommt er doch jetzt nur als Grund der Erwerbunfähigkeit in Betracht. Mühlenbruch a. a. O. S. 154.

14) Vgl. Mühlenbruch, S. 153.

15) L. un. pr. Cod. de caducis toll. (6. 51.) L. un. Cod. de latina libertate tollenda. (7. 6.)

ben, als ihr urſprünglich zukam [16]). Allein es können auch nach Juſtinianiſchem Rechte wirklich noch Fälle bloßer Incapacität vorkommen, auf welche L. 62. cit. anwendbar iſt [17]). Und es bleibt immer noch übrig, dieſe Stelle auch auf den Fall zu beziehen, wenn ein zur Zeit der Teſtamentserrichtung Erbfähiger ſpäterhin die Erbfähigkeit verloren hat [18]).

Was nun die nähere Beſtimmung der Fähigkeit, zum Erben eingeſetzt zu werden, betrifft, ſo iſt Regel, daß nur ein überhaupt Erbfähiger zum Erben eingeſetzt werden könne, oder mit anderen Worten, daß zu der teſtamentariſchen Erbfolge auch ſchon im Zeitpunkte der Teſtamentserrichtung Erbfähigkeit des eingeſetzten Erben erforderlich ſei [19]). Es ſind aber noch in beſonderer Beziehung auf die teſtamentariſche Erbfolge folgende Punkte hervorzuheben.

1) Das ältere Recht hatte den allgemeinen Grundſatz, es könne nicht eine incerta persona zum Erben eingeſetzt oder mit Vermächtniſſen bedacht werden. Von ſelbſt verſteht ſich die Wirkungsloſigkeit einer Erbeinſetzung, wenn der Eingeſetzte in dem Sinne incerta persona iſt, daß ſich gar nicht ermitteln läßt, wen der Teſtator habe berufen wollen [20]). Jene Regel aber war ſo verſtanden, daß der Erblaſſer nur ein Individuum bedenken könne, das man ſich als ein concret beſtimmtes vorſtellen konnte [21]). Es konnte demnach nicht von einem ungewiſſen Umſtande abhängig gemacht werden, auf welches beſtimmte Individuum die teſtamentariſche Verfügung zu beziehen ſein werde, ſo daß nach Verſchiedenheit der Umſtände dieſes oder jenes Individuum berufen ſein könnte, z. B. qui primus ad funus meum venerit, heres esto [22]), wo nicht der fragliche Umſtand von der Beſchaffenheit war, daß er ſchon vor Vollendung der Teſtamentsſolennität entſchieden, alſo ſchon dann die individuelle

---

16) Dahin neigt ſich Mühlenbruch a. a. O. S. 156, der jedoch den eigentlich entſcheidenden Grund für die von ihm vertheidigte Meinung nur darin findet, daß dieſe eine Uſualinterpretation für ſich habe. Denn ſonſt hält er dieſelbe weder durch hinreichende theoretiſche Gründe, noch durch ein Bedürfniß der Praxis vollſtändig gerechtfertigt.

17) Mulieres probrosae ſollten nicht capere hereditatem ex testamento, nec ex testamento militis; es kam aber dabei unzweifelhaft nur auf ihr Betragen zur Zeit des Erwerbes an. L. 41. §. 1. D. de test. milit. (29. 1.), vgl. mit L. 23. Cod. de nupt. (5. 4.) Mühlenbruch a. a. O. S. 267—276. Andere Indignitätsgründe hindern zwar auch nur das capere hereditatem; ihrer Natur nach aber kann auf dieſelben nicht L. 62. cit. angewendet werden.

18) Vgl. Anm. 13.

19) Vgl. daher d. Art. Succeſſionsfähigkeit. Dabei iſt jedoch zu bemerken, daß nach röm. Rechte auch Sclaven zu Erben eingeſetzt werden konnten, theils von ihrem eigenen Herrn, mit Ertheilung der Freiheit, theils von einem Anderen, wofern nur ihr Herr testamenti factio (wenn auch nicht capacitas) hatte. Cai. II. 185—189. Ulp. XXII. 7—13. — Pr. §. 3. J. h. t. Cf. L. 82. D. de acquir. hered. —

20) L. 9. §. 9. L. 62. §. 1. D. h. t. Vgl. Note 80.

21) Cai. II. 238. Incerta persona, quam per incertam opinionem animo suo subiicit testator.

22) Cai. l. c. Ulp. XXII. 4. Quoniam certum consilium debet esse testantis.

Bestimmtheit des Eingesetzten hergestellt sein mußte, wie in dem Falle: qui testamentum meum signaverint, heredes sunto[23]). Doch war es auch zulässig, die nähere Bestimmung des Erben unter einer Anzahl bestimmter Individuen von einem künftigen Umstande abhängig zu machen, z. B. ex cognatis meis, qui nunc sunt, qui primus ad funus meum venerit[24]), was eben so viel war, als ob die sub certa demonstratione begriffenen Personen alle eingesetzt wären unter einer Bedingung, die nur für die eine oder andere derselben erfüllt werden konnte. Nach Justinianischem Rechte soll nun aber jene Ungewißheit der Person des Eingesetzten überall nicht mehr der Giltigkeit der Erbeinsetzung im Wege stehen, insofern nur die jetzige Ungewißheit in Gewißheit übergehen kann[25]); und nur die Beschränkung ist noch anerkannt, daß die Bestimmung des Erben nicht geradezu der Willkür eines Dritten überlassen werden kann[26]).

2) Die Einsetzung von zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht geborenen Personen war nach älterem Rechte sehr beschränkt[27]). Das Civilrecht hatte sie zuerst gestattet in Ansehung der sui postumi, deren Präterition Ungiltigkeit des Testamentes bewirkte[28]), und nach prätorischem Rechte war dieß auch auf Postumi emancipirter Kinder anwendbar, die doch civilrechtlich alieni postumi waren[29]). Aber nach prätorischem Rechte wurde überhaupt dem eingesetzten alienus postumus die bono-

---

23) L. 14. D. de reb. dub. (34. 5.)

24) Cai. l. c. Ulp. XXIV. 18. Sub certa demonstratione incertae personae legari potest.

25) Justinian hat dieß verordnet in L. un. Cod. de incertis personis. (6. 48.) Auf den Inhalt dieser Constitution, deren authentischer Text uns nicht erhalten ist (vgl. Witte, die leges restitutae des Justin. Codex, S. 200 flg.), wird in §. 27. vgl. mit §. 25. J. de legat. (2. 20.) auf eine Weise Bezug genommen, daß auch für das heutige Recht die Aufhebung jener Beschränkung unzweifelhaft ist. In §. 25. cit. wird derselben nur in praeterito erwähnt. Vgl. Theophil. ad h. l. — Zu beschränkend drückt sich Mayer, Bd. 1, S. 32, 33, aus: „Personen, die durch Vornahme irgend einer vom Erblasser selbst bezeichneten Handlung bestimmt werden sollen." Es kann auch eine fremde Handlung oder ein Zufall sein, wovon die nähere Bestimmung der Person abhängig gemacht wird.

26) L. 32. pr. D. h. t.: Quos Titius voluerit. Vgl. L. 68. ibid.: Si Titius voluerit. Im canonischen Rechte freilich heißt es: Qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur intestatus decedere. Cap. 3. X. de testam. (3. 26.) Vgl. aber Glück, Erläut. Bd. 34, S. 1 flg. Wangerow, Bd. 2, H. 1, S. 100—105.

27) Cai. II. 242. bemerkt dazu: est enim incerta persona, und auch die constitutio de incertis personis hat sich darauf bezogen (Anm. 32). Doch ist diese Ungewißheit nicht gleichartig der sub 1) angedeuteten, und wird auch sonst nicht unter dieselbe Regel subsumirt. Cai. II. 238. Ulp. XXII. 4.: Quoniam certum consilium debet esse testantis, woran es hier nicht fehlt. Den Grund davon kann man vielmehr in der Regel finden, nach welcher zur Zeit der Testamentserrichtung testamenti factio erforderlich ist (Anm. 8, 9).

28) Vgl. die Art. Enterbung, Notherben.

29) Denn est alienus postumus, qui natus inter suos heredes testatori futurus non est. Cai. II. 241. §. 26. J. de legat. (2. 20.)

rum possessio secundum tabulas nicht vorenthalten [30]), ohne Unterschied ob der Postumus zu den Descendenten des Erblassers gehörte oder von einem Anderen abstammen sollte [31]); und durch Justinian's Constitution ist denn endlich die Einsetzung eines postumus alienus auch civilrechtlich für giltig erklärt worden [32]). Dabei ist jedoch immer die Voraussetzung festgehalten, daß der Postumus schon zur Zeit des Todes des Erblassers concipirt sein müsse, um in Folge der Erbeinsetzung wirklich erben zu können [33]). Auch ist als turpis institutio ungiltig die Einsetzung eines unehelichen Postumus des Testators oder eines solchen, den derselbe mit einer Frau erzeugen würde, die nicht seine rechtmäßige Gattin sein kann oder einem Anderen schon verheurathet ist [34]).

3) Juristische Personen konnten der Regel nach nicht zu Erben eingesetzt werden [35]). Davon waren aber schon zu Ulpian's Zeit einzelne Ausnahmen gemacht worden [36]). Namentlich konnten Municipien von ihren Freigelassenen zu Erben eingesetzt werden [37]), und eben so wohl auch andere Corporationen, welche gleich jenen ihre Freigelassenen ab intestato zu beerben fähig waren [38]), während Vermächtnisse allen denselben auch von jedem Anderen hinterlassen werden konnten [39]). Den Municipien wurde vielleicht nun auch schon die Fähigkeit zu directer Erbeinsetzung in weite-

30) §. 28. J. l. c. Pr. J. de bon. poss. (3. 9.) L. 6. D. de ventre in poss. mitt. (37. 9.)

31) L. 3. D. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.) Cf. L. 127. D. de legat. I. L. 6. pr. D. de inoff. testam. (5. 2.)

32) Pr. J. de bon. poss. In diesen Fällen findet also eine Ausnahme von der Anmerk. 8, 9, berührten Regel statt. Mühlenbruch a. a. O. S. 155, 156. Doch wurde diese zweifelsohne auch hier in so weit beobachtet, daß der Postumus, als jetzt schon lebend gedacht, gegenwärtig auch schon testamenti factio haben mußte, und daher z. B. der Postumus von einer Peregrina nicht eingesetzt werden konnte.

33) L. 3. D. cit.: Omnem postumum, qui moriente testatore in utero fuit, bonorum possessionem petere posse. Vgl. Mühlenbruch, S. 406—423. Anderer Meinung ist zwar wieder Mayer, S. 38; er legt aber nicht das gebührende Gewicht darauf, daß L. 3. cit. als allgemeine Regel in den Titel de bonorum possess. secundum tabulas aufgenommen ist und von dem postumus, qui moriente testatore in utero fuit, spricht.

34) §. 28. J. de legat. L. 9. §. 1. 3. 4. D. de lib. et post. (28. 2.)

35) Ulp. XXII. 5. gibt, in Beziehung auf Municipien, als Grund dafür an: quoniam incertum corpus est, weßhalb Manche auch dieß unter die Regel von incertae personae stellen; aber die Natur dieser Regel (nach Ulp. XXII. 4.) und der Zusatz in §. 5. cit.: neque cernere universi neque pro herede gerere possunt, ut heredes fiant, zeigen, daß jener Grund ein ganz anderer ist. Savigny, System des heut. röm. Rechtes, Bd. 2, S. 301.

36) Ulp. l. c. §. 5. 6.

37) L. 1. §. 1. D. de libertis universitatium. (38. 3.)

38) Arg. rubr. tit. D. cit. L. 3. §. 4. D. de bon. poss. (37. 1.) L. 6. §. 4. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) Vgl. L. 1. 2. D. de manumission. quae serv. ad univ. pertineat. impon. (40. 3.) L. 3. §. 5. D. de suis et legit. (38. 16.)

39) Ulp. l. c. u. XXIV. 28. L. 1. §. 1. D. cit. L. 26. 27. pr. D. ad SC. Trebell. L. 73. §. 1. L. 117. 122. pr. D. de legat. I. L. 20. D. de reb. dub. (34. 5.) L. 38. §. 6. D. de legat. III.

rem Umfange beigelegt [40]), und jedenfalls ist diese seit Kaiser Leo und so denn auch im Justinianischen Rechte den städtischen Gemeinden allgemein zuerkannt worden [41]). Daß dieselbe überhaupt allen Corporationen regelmäßig zukomme, ist eine nach römischem Rechte ungegründete und daher in neuester Zeit schon von mehreren Schriftstellern mißbilligte Meinung [42]). Wir finden in einer Stelle deutlich ausgesprochen: collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse [43]); nirgendwo aber wird allgemein den Corporationen jene Fähigkeit ertheilt, und insbesondere ist es auch nicht einmal wahrscheinlich, daß dieß durch die Justinianische Constitution de incertis personis geschehen sei [44]). Jedoch ist die Ansicht, daß die Erbfähigkeit zu den regelmäßigen Attributen einer anerkannten Corporation gehöre, in der gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis von jeher so vorherrschend gewesen, daß man darnach in der Anerkennung einer solchen von Seiten der Staatsgewalt im Zweifel auch eine Ertheilung der Erbfähigkeit anzunehmen berechtigt ist [45]). Auch im römischen Rechte schon ist dagegen noch ausdrücklich anerkannt die Erbfähigkeit der Kirche und milder Stiftungen. Zu Ulpian's Zeit konnten ausnahmsweise gewisse Gottheiten oder Tempel zu Erben eingesetzt werden [46]). Von Constantin wurde dieses Recht der christlichen Kirche oder den einzelnen christlichen Kirchen allgemein ertheilt [47]), und weil es häufig vorkam, daß der Stifter der Kirche, Christus oder ein Apostel oder sonst ein Heiliger als Erbe bezeichnet wurde, so erließ Justinian eine eigene Verordnung darüber, wie eine solche Verfügung zu vollziehen und welcher einzelnen Kirche in solchem Falle die Erbschaft zuzusprechen sei [48]). Gleich der Kirche selbst ward auch den unter ihrem Schutze und ihrer Aufsicht stehenden Wohlthätigkeitsanstalten die Erbfähigkeit beigelegt [48]). Es kann einer Kirche wie schon nach älterem Rechte auch etwa einer Stadtgemeinde [49]) für bestimmte gemeinnützige Zwecke, sub modo, etwas hinterlassen werden. Aber es bestanden in der späteren Zeit auch mancherlei Anstalten zu wohlthätigen Zwecken als selbstständige juristische Per-

---

40) Aus den Stellen in Note 37, 38, läßt sich dieß zwar nicht beweisen, auch nicht, daß bonorum possessio secundum tabulas den Städten regelmäßig ertheilt worden sei. Savigny a. a. O. S. 303—305. Aber L. 12. Cod. h. t. (Anm. 41) drückt sich nicht so aus, als ob sie etwas Neues in dieser Hinsicht festsetze. Mühlenbruch, S. 434, Note 53.

41) L. 12. Cod. h. t. (a. 469.)

42) Mühlenbruch a. a. O. S. 434 flg. Puchta, Lehrb. §. 441, Anm. 1. Wangerow, Pand. Bd. 2, S. 93. Mayer, §. 16, Note 10. Savigny a. a. O. S. 302.

43) L. 38. Cod. h. t. Für die Judengemeinden galt das ius singulare odiosum, daß sie auch Vermächtnisse nicht erwerben konnten. L. 1. Cod. de Iudaeis. (1. 9.) Mühlenbruch, Bd. 39, S. 252 flg., S. 435.

44) Mühlenbruch, S. 434—442.

45) Arg. L. 3. D. de const. princip. (1. 4.) Mühlenbruch, S. 442.

46) Ulp. XXII. 6.

47) L. 1. Cod. de ss. ecclesiis. (1. 2.)

48) L. 26. Cod. l. c., eine lex restituta, deren wesentlicher Inhalt aber in Nov. 131. cap. 9. sich wiederholt findet.

49) L. 117. 122. pr. D. de legat. I.

sonen [50]), und auch deren Fähigkeit, zu Erben eingesetzt zu werden, war und ist denn eben so entschieden, wie die der Kirche selbst, anerkannt [51]). Ja, zu besonderer Begünstigung solcher wohlthätiger Absichten war schon zur Zeit, als noch die Regel galt, daß incertae personae nicht eingesetzt werden könnten, doch die Einsetzung der Armen schlechthin, und so auch der in Gefangenschaft Befindlichen für giltig erklärt worden, mit näheren Bestimmungen, wie und durch wen in Ermangelung genauerer Festsetzung des Erblassers je nach Lage der Sache eine solche Verfügung geltend gemacht und ausgeführt werden solle [52]). Darnach ist die Erbschaft bald einer schon bestehenden Wohlthätigkeitsanstalt zuzuweisen, bald unter Leitung der kirchlichen Autoritäten zu dem bestimmten Zwecke auf angemessene Weise zu verwenden. Diese Verwendung aber braucht nicht in gänzlicher Verausgabung des Vermögens oder Vertheilung desselben unter die Armen zu bestehen, es ist vielmehr, wo möglich, der Grundstock des Vermögens zu schonen, um fortdauernd mittelst des Ertrages den wohlthätigen Intentionen des Erblassers ihren Erfolg zu sichern [53]). So kann denn gemäß solcher Erbeinsetzung eine Stiftung entstehen, die auch ein bleibendes Dasein als juristische Person hat [54]). Unbedenklich kann

---

50) Savigny a. a. O. S. 267 flg.

51) L. 13. 22. 23. Cod. de ss. eccles.

52) L. 24. (Valent. et Marcian.) u. L. 49. (Justinian.) Cod. de episcop. et cler. (1. 3.) Nov. 131. cap. 11. Cf. L. 28. Cod. l. c. (Leo et Anthem.).

53) L. 49. cit. sagt zuerst (§. 2.) in Betreff der Erbeinsetzung der Gefangenen: omnimodo in redemtionem captivorum procedat hereditas sive per annuos reditus, sive per venditionem mobilium seu se moventium rerum sit; sie bestimmt dann in §. 3. für den Fall, daß einem bestimmten Armenhause die den Armen hinterlassene Erbschaft überwiesen wird: in aegrotantes fieri patrimonii distributionem, secundum quod in captivis constituimus, vel per redituum annalium erogationem, vel per venditionem rerum mobilium vel sese moventium, ut ex his res immobiles comparentur et annuus victus aegrotantibus accedat, und dann verfügt §. 6: sin autem nullus xenon in civitate inveniatur: tunc secundum de captivis sanctionem pro tempore oeconomus .. vel episcopus hereditatem accipiat et sine Falcidiae ratione pauperibus ... eaedem pecuniae distribuantur. Daß nun in der letzten Stelle so wenig wie in §. 3. die distributio pecuniae oder patrimonii schlechthin als eine Vertheilung des ganzen Erbvermögens zu verstehen ist, daß vielmehr in allen Fällen sive per redituum annalium erogationem vel per venditionem rerum mobilium etc. die Verwendung zu geschehen habe, geht aus dem ganzen Zusammenhange klar genug hervor.

54) Mühlenbruch, S. 461 flg., betrachtet die Armen oder Gefangenen selbst als die eigentlichen Erben, und den Bischof oder Oeconomus u. s. w. als deren Repräsentanten. Allein jene lassen sich, wie Mühlenbruch selbst sagt, gar nicht zu einem bestimmten Rechtssubjecte individualisiren, um so weniger, da schlechterdings nicht die zu einer bestimmten Zeit vorhandenen Ortsarmen für eingesetzt zu halten sind. Es liegt nichts vor, als die Bestimmung des Vermögens zur Unterstützung der Armen, beziehungsweise zum Loskauf der Gefangenen, nach verständigem Ermessen der benannten Vertreter. Soll nun doch auch nicht der Bischof oder dessen Kirche der eigentliche Erbe sein, so ergibt sich ein Vermögen, zu einem gewissen Zwecke bestimmt, ohne ein außer ihm sichtbar existirendes Subject, und man kommt so nothwendig wieder zur Annahme einer ju-

nun auch der Testator selbst geradezu die Errichtung einer besonderen Anstalt mit der Eigenschaft einer juristischen Person anordnen, und soll dieser Anordnung, so weit als möglich, Folge gegeben werden[55]). Ob denn aber auch die Erbeinsetzung einer solchen Anstalt, die eben dadurch erst ihr Dasein als juristische Person erhalten soll, für giltig zu halten sei, ist eine sehr streitige Frage[56]). Erwägt man, wie sehr das neuere römische Recht bemüht ist, derartige letztwillige Verfügungen, ungehindert durch formelle Rücksichten, aufrecht zu erhalten und die vollständige Erreichung ihres Zweckes möglichst zu sichern[57]), und wie es in Wahrheit nur ein formeller Fehlgriff sein könnte, eine zu errichtende Anstalt selbst zum Erben einzusetzen, wenn anerkannt wird, daß man auf andere Art die Absicht, sein ganzes Vermögen zur Errichtung einer solchen mit juristischer Persönlichkeit begabten Stiftung verwendet zu sehen, sicher erreichen könne, so kann man nicht umhin, der bejahenden Beantwortung obiger Frage sich anzuschließen[58]).

4) Man hat häufig auch denjenigen, welcher für intestabilis erklärt ist, eben deßhalb für unfähig, zum Erben eingesetzt zu werden, gehalten; ja es ist die passive wie active Testamentesunfähigkeit in den Begriff der Intestabilität aufgenommen worden[59]). Darnach wäre denn namentlich auch dem Pasquillanten die testamenti factio ganz abzusprechen[60]). Diese Meinung wird auch unterstützt durch die Erklärung des Theophilus[61]). Allein nach den Aussprüchen der Justinianischen Rechtsquellen selbst ist man nur berechtigt zu der Behauptung, daß der Intestabilis, als unfähig zur Ablegung eines Solennitätszeugnisses, folgerungsweise auch für unfähig gehalten werde, sich zu einem Acte ein Solennitätszeugniß

---

ristischen Person von der Art, wie wir sie unter Stiftungen zu verstehen pflegen.

55) Nov. 131. cap. 10. Cf. L. 15. Cod. de ss. eccles. L. 46. Cod. de episcop. (beide leges restitutae).

56) Sie ist lebhaft verhandelt worden in Beziehung auf die Stiftung des Städel'schen Kunstinstitutes in Frankfurt. Unter den vielen Streitschriften darüber ist besonders hervorzuheben Mühlenbruch, rechtliche Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalles (1828), der die obige Frage verneinend beantwortet. Vgl. auch dessen Erläuterung a. a. O. Bd. 39, S. 467 flg., Bd. 40, S. 1—108. Ueber einen verwandten Fall vgl. Northoff, die Giltigkeit der Erbeseinsetzung einer zu errichtenden milden Stiftung in dem Testamente des weil. Blum (1833), als Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung.

57) Vgl. noch Nov. 131. cap. 11: Omnibus enim talibus piis voluntatibus.... secundum defuncti voluntatem universa procedant.

58) Vergl. Puchta, Lehrbuch §. 95, und im Rechtslexikon Art. Corporation, Bd. 3, S. 67 flg., dann in der Recension von Savigny's System Bd. 2, in Richter's krit. Jahrb. Bd. 4, S. 707—712. Eine weitere Ausführung darüber ist zu erwarten im Art. Stiftung. Vgl. auch Kierulf, System des gem. Civilrechtes, Bd. 1, S. 150—152.

59) In diesem Sinne werden in der Quote credentes von Friedrich II. die Häretiker für intestabiles erklärt, nach dem damals vorherrschenden Sprachgebrauche.

60) L. 18. §. 1. D. qui test. fac. poss. (28. 1.)

61) Ad §. 6. J. de testam. ordin. (2. 10.) Doch sagt Theophilus eigentlich nur, der in den XII. tabb. für intestabilis erklärte untreue Zeuge könne nicht eingesetzt werden.

ablegen zu lassen, und daher unfähig, ein Testament zu errichten, nicht aber auch, in einem Testamente eingesetzt zu werden[62]).

5) Noch sind einige nur relative Beschränkungen in Betreff der einzusetzenden Erben anzuführen. a) Ungiltig ist die Einsetzung des Regenten litis causa, d. i. in der Absicht, damit er einen Prozeß fortsetze oder anfange[63]). b) Der in zweiter Ehe lebende Ehegatte kann dem zweiten Ehegatten weder durch Erbeinsetzung noch durch Vermächtniß mehr von seinem Vermögen zuwenden, als dasjenige Kind aus früherer Ehe bekommt, welches am wenigsten bedacht ist[64]). c) Wer rechtmäßige Kinder hat, soll seinen im Concubinat erzeugten Kindern (liberi naturales) und der Concubine zusammen nicht mehr als den zwölften Theil, der Concubine allein nicht über den einundzwanzigsten Theil der Erbschaft hinterlassen können, und dieselbe Beschränkung gilt auch umgekehrt gegen den unehelichen Vater[65]). Die heutige Anwendbarkeit dieser Vorschrift ist zwar vielfach bestritten worden, weil der Concubinat jetzt nicht mehr erlaubt sei, und die darin erzeugten Kinder rechtlich den spurii oder vulgo quaesiti gleichstehen, für welche jene Beschränkung nach römischem Rechte nicht gelte[66]). Allein die fragliche Beschränkung hat ihren Grund in der Verwerflichkeit des Concubinats[67]); es wäre aber wahrlich sonderbar, jene nun für aufgehoben anzusehen, nachdem diese Verwerflichkeit durch die gesetzlich ausgesprochene Unerlaubtheit des Concubinats noch gesteigert worden ist; um so mehr, als auch die Befürchtung, welche man sonst noch als wahrscheinliches Motiv jenes Gesetzes hervorgehoben hat, daß nämlich der Vater die mit einer Concubine erzeugten Kinder vor den ehelichen begünstigen möchte, bei erklärter Unerlaubtheit eines solchen außerehelichen Zusammenlebens noch jetzt eben so viel Grund hat. Mit Recht wird vielmehr von Anderen sogar die Ausdehnung jener Beschränkung auf die spurii behauptet; denn da nach einer entschiedenen Praxis die in derselben Novelle enthaltene günstige Bestimmung über das Intestaterbrecht der liberi naturales auf die unehelichen Kinder überhaupt ausgedehnt worden, so ist es consequent, auch die ungünstige über das Testamentserbrecht in demselben Umfange auf sie anzuwenden[68]). d) Die Frau, welche

---

62) L. 26. D. l. c.: Cum lege quis intestabilis iubetur esse, eo pertinet, ut eius testimonium recipiatur, et eo amplius, ut quidam putant (also schon dieses nur eine zweifelhafte Erweiterung), neve ipsi dicatur testimonium. Dieß Letzte kann nach classischem Rechte gewiß nicht auf den eingesetzten Erben bezogen werden. Arg. Cai. II. 108. Ulp. XX. §. 3—6, und es wäre gewagt, ihm etwa mit Rücksicht auf §. 10. J. de test. ord. (2. 10.) eine weitere Beziehung zu geben. Vgl. L. 16. §. 1. cit.: Intestabilis... ergo nec testamentum facere potest, nec ad testamentum adhiberi. S. Mühlenbruch a. a. O. S. 257—262. Mayer, Erbr. Bd. 1, S. 41, 42.

63) L. 91. D. h. t. §. 8. J. quib. mod. test. infirm. (2. 17.)

64) L. 6. 9. Cod. de sec. nupt. (5. 9.) Nov. 22. cap. 27.

65) Nov. 89. cap. 12. §. 2. 3. cap. 13. Cf. L. 2. 8. Cod. de natural. lib. (5. 27.) L. 6. Theod. Cod. eod. (4. 6.)

66) Mühlenbruch, S. 323—339. Wangerow, Bd. 2, S. 88.

67) L. 8. Cod. cit.: Quia vitium paternum refraenandum esse existimavimus.

68) Puchta, Lehrbuch §. 464, Note y. Mayer a. a. O. S. 43, 44.

durch zu frühzeitige Eingehung einer anderen Ehe das Trauerjahr verletzt hat, soll dem neuen Gatten höchstens ein Drittel ihres Vermögens zuwenden können [69]). Diese Bestimmung ist jedoch nicht mehr praktisch, nach der Bedeutung, welche die Praxis der canonisch-rechtlichen Aufhebung der Infamie wegen jener Verletzung des Trauerjahres beigelegt hat [70]). Uebrigens kommt es in den unter b) c) d) erwähnten Fällen auf die Zeit des Todes an, und wird also die Erbeinsetzung, welche gegenwärtig gegen jene Vorschriften verstößt, nicht als von Anfang an in so weit nichtig zu behandeln sein [71]). So kann namentlich in dem Falle a) die Erbeinsetzung vollkommen giltig bleiben, wenn dasjenige Kind aus früherer Ehe, welches zu geringerem Theile eingesetzt ist, als der zweite Ehegatte, vor dem Testator stirbt oder durch spätere Schenkungen oder Vermächtnisse so viel mehr erhalten hat, daß jene Differenz ausgeglichen wird; und so wird auch die Erbeinsetzung der liberi naturales zu größerem Erbtheile bestehen bleiben, wenn die zur Zeit der Testamentserrichtung vorhandenen rechtmäßigen Kinder oder die Ehegattin des Erblassers vor demselben mit Tode abgegangen sind.

Es ist nunmehr

II. die Art und Weise der Erbeinsetzung näher zu bestimmen. Was nun hier

1) die Form der Erbeinsetzung im Allgemeinen betrifft, so erforderte dieselbe nach älterem Rechte freilich eine gewisse Solennität des Ausdruckes, welche den Willen des Erblassers energisch aussprach [72]); nach neuerem Rechte kommt aber darauf nichts mehr an [73]). Es genügt nun eine jede Erklärung, welche den Willen des Erblassers, daß eine bestimmte Person eben hierdurch zum Erben ernannt sein solle, deutlich an den Tag legt, wenn sie sich auch solcher Worte bedient, welche an sich nicht auf Erbernennung gehen, welche aber doch im Zusammenhange unzweifelhaft die Absicht einer solchen kund geben, z. B. ich vermache dem A. mein ganzes Vermögen u. dgl. [74]) Nicht genügend aber ist eine Erklärung, welche die Absicht der Erbeinsetzung wohl vermuthen läßt, aber auch eine andere Auslegung gestattet, oder welche nicht selbst bestimmt ist, die Erbeinsetzung einer Person auszusprechen, sondern nur die Wahrscheinlichkeit begründet, daß eine solche vom Erblasser beabsichtigt gewesen sein möge. Daher kann man in einer Verfügung, welche den B. zum Erben ernennt, wenn der A. vor dem Testator sterbe oder nicht dessen Erbe werde, nicht zugleich eine Erbeinsetzung des A. anerkennen [75]). In jedem Falle muß

---

69) L. 1. Cod. de secund. nupt. (5. 9.)

70) Vgl. cap. 4. 5. X. de secund. nupt. (4. 21.) Puchta, Lehrbuch §. 421.

71) Mayer a. a. O. §. 17.

72) Ulp. XXI. Cai. II. 116. 117. Cf. L. 1. §. 5—7. L. 48. pr. D. h. t.

73) L. 15. Cod. de testam. (6. 23.)

74) L. 15. cit.: Quibuslibet confecta sententiis vel quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio.

75) In conditione positus non est in dispositione. Diese Regel ist an-

die Person des Erben auf solche Weise bezeichnet werden, daß sich daraus unmittelbar oder nach Maßgabe bestimmter im Testamente angegebener Umstände [76]) mit Sicherheit erkennen lasse, wem der Testator die Erbschaft deferirt haben wollte. Im Testamente selbst braucht jedoch diese Bestimmung des Erben nicht geradezu ausgesprochen zu sein; es kann vielmehr auf eine andere Urkunde Bezug genommen werden, in welcher der Erbe genannt sein werde (sogen. institutio mystica, testamentum mysticum nach neulateinischem Sprachgebrauche), wo denn freilich die Erbeinsetzung nur, wenn dieß sich wirklich so findet, bestehen kann [77]). Zur Bezeichnung des Erben dient natürlich meistens der Name desselben; aber jedes andere unzweideutige Merkmal kann eben so wohl dazu dienen; nur darf die Bezeichnung nicht eine dem Eingesetzten schimpfliche sein, so daß er die Erbschaft nicht in Anspruch nehmen könnte, ohne dadurch einzuräumen, ja selbst zu behaupten, daß die beschimpfende Bezeichnung auf ihn passe; denn wenn ohne Rücksicht auf dieselbe doch die Person des Eingesetzten schon hinreichend kenntlich gemacht ist, so steht der Giltigkeit der Einsetzung nichts im Wege, indem alsdann jene als ein falscher unwahrer Zusatz ignorirt werden kann [78]). Ein überflüssiger unwahrer Zusatz zu einer ohnehin schon vollkommen ausreichenden Demonstration des Erben, oder ein Irrthum in der Bezeichnung bei dennoch vorhandener Unzweifelhaftigkeit des Willens, kommt nämlich überall nicht in Betracht [79]). Ist aber die Bezeichnung unklar oder zweideutig, indem sie z. B. auf verschiedene Personen gleich anwendbar erscheint, so ist die Erbeinsetzung ohne Wirkung, weil keiner darzuthun im Stande ist, daß er und nicht ein Anderer eingesetzt sei, es möchten denn dem Einen oder Anderen besondere

---

erkannt in L. 19. D. h. t. L. 16. §. 1. in f. D. de vulg. subst. (28. 6.) Nicht entgegen steht ihr L. 85. D. h. t., indem diese nicht sagt, daß die Bruder-Kinder als Testamentserben den substituirten Sclaven vorgezogen sein sollen. Auch berechtigt L. 15. Cod. cit. nicht, ein Anderes anzunehmen, da sie mit den Pandektenstellen sich sehr wohl vereinigen läßt. Mühlenbruch, Bd. 40, S. 234—247. Puchta, Lehrb. §. 466, Note l. Mayer, §. 19, Note 3, u. A. Dagegen erklärt sich wieder Wangerow a. a. O. S. 154.

76) Vgl. oben Anm. 25.

77) L. 77. D. h. t. Cf. L. 10. D. de cond. institut. (28. 7.) Ob dasselbe bei mündlichem Testamente gelte, haben Viele bezweifelt wegen L. 21. pr. D. qui testam. fac. L. 26. Cod. h. t. und Notariatsordnung Tit. I, §. 8; Glück, Bd. 35, S. 14 flg., aber ohne Grund. Die Stellen sagen nichts anderes, als daß der Inhalt des Testamentes, der sonst niedergeschrieben werde, „was er im Testament begriffen haben wollte," also ad quos substantiam suam pervenire velit, beim mündlichen Testamente den Zeugen vernehmlich gesprochen werden müsse.

78) L. 9. §. 8. 9. cf. L. 48. §. 1. L. 58. D. h. t.

79) Falsa demonstratio non nocet. L. 48. §. 3. D. h. t. Cf. L. 33. pr. D. de cond. et demonstr. (35. 1.) §. 29. J. de legat. (2. 20.) L. 4. Cod. de testam. (6. 23.) Es kann aber wohl zweifelhaft sein, welches Merkmal die wahre demonstratio, welches der falsche Zusatz sei, so daß dadurch die Erbeinsetzung selbst zweifelhaft wird; z. B. in einem wirklich vorgekommenen Falle, wo zum Erben eingesetzt war der älteste Sohn meiner Schwester, Friederich A., der älteste Sohn der Schwester aber Ferdinand, und der zweite, welcher aller Wahrscheinlichkeit nach gemeint war, Friedrich hieß.

Umstände zu Hilfe kommen, welche mit genügender Gewißheit ergeben, daß der Erblasser gerade diesen bei der zweideutigen Bezeichnung im Auge gehabt habe[80]). Wenn hingegen der Erblasser irrthümlich einen Anderen genannt hat, den er zum Erben zu ernennen wirklich nicht die Absicht hatte, so ist die Erbeinsetzung ungiltig, als dem wahren Willen des Erblassers nicht entsprechend, und es kann auch nicht etwa derjenige, den er hatte einsetzen wollen, das Erbrecht geltend machen, weil dieser nicht wirklich eingesetzt worden ist[81]).

2) Die Anzahl der einzusetzenden Erben ist nicht beschränkt[82]). In Ermangelung einer näheren Bestimmung darüber wird hier natürlich angenommen, daß alle zu gleichen Theilen erben sollen[83]). Es kann aber der Testator zugleich den einzelnen eingesetzten Erben die Erbtheile bestimmen. Bei den Römern war in dieser Rücksicht üblich die Eintheilung des Ganzen (as) in zwölf Theile (unciae), deren mehrere vereinigt je auch wieder durch besondere Namen bezeichnet wurden[84]). Darnach wurde der einzige Erbe heres ex asse (scriptus, institutus) genannt, und entsprechend z. B. heres ex quadrante, ex triente etc. gesagt. Indessen ist der Testator an diese Eintheilung des as nicht etwa gebunden; er kann so viele Theile machen, als ihm beliebt, und es kommt auch gar nicht darauf an, wie er sie bezeichne, wenn nur, was er will, klar zu erkennen ist[85]). Auch kann giltig auf eine anderweitig vom Testator vorgenommene oder vorzunehmende Theilbestimmung Bezug genommen werden; wenn aber diese dann sich nicht wirklich findet, so ist es im letzten Falle, bei Bezugnahme auf eine künftig erst vorzunehmende Theilbestimmung, im Zweifel so zu halten, als wenn die Erben ganz ohne Angabe der Erbtheile eingesetzt worden, im ersten Falle hingegen ist die Erbeinsetzung selbst so gut als nicht geschehen[86]). Es kann auch verwiesen werden auf eine dem Testator selbst fremde Bestimmung, z. B. auf die gesetzliche Vertheilung der Intestaterbfolge, oder auf die im Testamente eines Anderen angegebenen Erbtheile[87]). Nicht aber kann es nach römischem Rechte schlechthin in die Willkür eines Dritten gestellt werden, den ernannten Erben ihre Erbtheile nach seinem Belieben zu bestimmen[88]).

---

80) L. 9. §. 9. L. 62. §. 1. D. h. t. Cf. L. 33. §. 1. D. de cond. et dem.

81) L. 9. pr. D. h. t.

82) §. 4. J. h. t.

83) §. 6. J. l. c. L. 9. §. 12. D. h. t.

84) Von zwei bis zu elf aufwärts steigend: sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx; eine halbe Unze semuncia, anderthalb sescunx oder sescuncia. §. 5. J. h. t. L. 13. §. 1. L. 50. §. 2. D. h. t. Volusius Maecianus et Balbus de asse edid. Böcking, Bonnae 1831. Vgl. d. Art. As, Bd. 1, S. 460.

85) L. 13. §. 1. cit. Cf. L. 47. §. 1. L. 81. pr. D. ibid.

86) L. 2. 36. D. h. t. L. 12. D. de b. p. c. t. (37. 11.) Cf. L. 38. D. de cond. et dem. (35. 1.)

87) L. 2. in f. L. 81. §. 1. D. h. t.

88) Vgl. oben Note 26. Anderer Meinung scheint Mayer, §. 19, Note 12, der auch annimmt, daß die Wahl unter Mehreren dem Willen eines Dritten anheim gegeben werden könne. Aber L. 7. §. 1. D. de reb. dub. gibt

Zudem sind in Betreff der Vertheilung der Erbfolge noch folgende Punkte zu beachten:

a) Es ist möglich, daß der Erblasser zwar allen eingesetzten Erben Theile der Erbschaft bestimmt, daß aber diese den verschiedenen Erben angewiesenen Theile zusammen genommen das Ganze überschreiten oder umgekehrt noch nicht erschöpfen. Im ersten Falle tritt unvermeidlich eine Minderung jener Erbtheile ein, und zwar erleiden in der Regel alle im Verhältniß ihrer Größe so viel Abzug, als die mathematische Reduction auf das wahre Ganze nothwendig macht, so daß z. B. aus vergebenen sechs Viertheilen eben so viel Sechstheile gemacht werden [89]). Wenn jedoch die erkennbare Willensmeinung des Erblassers diese ist, daß der einem Erben angewiesene Erbtheil durch Einsetzung eines Anderen um so viel geschmälert werden soll, als diesem ertheilt wird, so ist das natürlich zu befolgen. Diese Willensmeinung aber soll nach einer Justinianischen Verordnung im Zweifel angenommen werden, wenn der Testator zuvor Jemanden deutlich auf das Ganze und dann hinterher einen Anderen auf einen bestimmten Theil eingesetzt hat [90]). In dem zweiten oben angegebenen Falle wäre es an sich denkbar, daß in Ansehung der nicht vergebenen Theile die Intestaterbfolge eintrete, wenn nicht die bekannte Regel entgegenstände: **nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.** Nur bei Soldatenerbschaften, für welche diese Regel überhaupt nicht gilt, kann daher jene Folge eintreten, wo nicht aus den Umständen hervorgeht, daß der Testator eine solche Concurrenz von Intestaterben und Testamentserben nicht beabsichtigt habe, sondern der Mangel nur durch einen Schreib- oder Rechnungsfehler entstanden sein müsse [91]). Sonst aber wächst der keinem Erben angewiesene Theil der Erbschaft von selbst den angegebenen Erbtheilen der eingesetzten Erben hinzu, so daß diese in gleichem Verhältniß vergrößert, wie im ersten Falle vermindert werden [92]).

b) Es kann auch der Fall sein, daß der Erblasser einigen der ernannten Erben ihre Erbtheile festgesetzt hat, anderen nicht. Alsdann gilt in Ansehung des nach Abzug der ersten noch übrigen Theiles der Erbschaft für diejenigen Erben, welchen ein bestimmter Theil nicht beigelegt ist, dasselbe, was in Ermangelung aller Theilbestimmung für alle Erben in Ansehung der ganzen Erbschaft Regel ist; sie sind zu gleichen Theilen dieses Theiles eingesetzt [93]). Nun kann aber durch die angewiesenen Erbtheile das Ganze schon erschöpft oder gar überschritten sein. Hat der

---

kein Argument dafür, so wenig wie Jemand L. 16. D. de legat. II. dazu benutzen möchte.

89) §. 7. J. h. t. L. 13. §. 4—7. D. h. t. Cf. L. 47. §. 1. ibid.

90) L. 23. Cod. de legatis. (6. 37.) Ueber die verschiedenen Ansichten betreffend die Erklärung dieser Stelle und deren Verhältniß zu den angeführten Pandektenstellen vgl. Schrader, Abh. Bd. 2, H. 4. Mühlenbruch, Bd. 40, S. 122—133. Mayer, §. 26, Note 2. Vangerow, Bd. 2, H. 1, S. 162—166.

91) §. 5. J. h. t. L. 6. 17. pr. §. 1. D. de test. milit. (29. 1.) L. 1—3. Cod. eod. (6. 21.)

92) §. 5. 7. J. h. t. L. 13. §. 2. 3. D. h. t.

93) §. 6. J. l. c. L. 17. pr. §. 1. D. h. t.

Testator, nachdem er das Ganze vergeben, noch Andere ausdrücklich auf die übrigen Theile, auf den Rest eingesetzt, so wird diese Einsetzung freilich, da kein Rest mehr da ist, illusorisch sein[94]). Sonst aber muß doch für die ohne Angabe des Erbtheiles eingesetzten Erben ein solcher ermittelt werden. Nach römischer Rechnungsweise geschah dieses folgendermaßen. Hatte der Testator nach Vertheilung von zwölf Unzen (expleto asse) Andere sine parte eingesetzt, so wurde für die letzten ein zweiter as angenommen (in alium assem venire, alterum assem datum) oder mit anderen Worten, es wurde das Ganze in zweimal zwölf Theile getheilt (dupondius); und von diesen halben Unzen erhielten die cum parte eingesetzten Erben so viele als ihnen Unzen zugedacht waren, also zusammen zwölf; die übrigen Theile, also die Hälfte der ganzen Erbschaft, gehörten den sine parte Eingesetzten[95]). In gleicher Weise wurden bei einer Vertheilung von mehr als zwölf Unzen die nach deren Abzug von vier und zwanzig Theilen noch übrig bleibenden Halbunzen (quod dupondio deest) den sine parte eingesetzten Erben zugetheilt[96]). In beiden Fällen bestand die Operation einfach darin, daß die cum partibus Eingesetzten nur die Hälfte ihrer Nominalerbtheile erhielten, nämlich halbe Unzen statt ganzer oder nur halb so viel ganze Unzen, wodurch man denn für die anderen Erben noch Etwas erübrigte. Waren aber sogar vier und zwanzig oder mehr Unzen vergeben, so mußte man zu einem dritten as greifen und damit eben so verfahren, wie mit dem zweiten; es wurden dann dreimal zwölf Unzen des Ganzen angenommen, also die einzelnen Unzen und somit auch die darnach bestimmten Erbtheile auf ein Drittel ihres Nominalbetrages beschränkt[97]); und so nöthigenfalls weiter auf ein Viertheil u. s. w. (tripondius? quadripondius?). Von dieser Rechnungsweise kann nun noch jetzt unmittelbar Gebrauch gemacht werden, wenn der Testator blos nach gewissen Verhältnißzahlen, ohne Angabe der Bruchtheile des Ganzen, einigen Erben die Erbtheile bestimmt und andere ohne solche Bestimmung eingesetzt hat; z. B. den A. setze ich zu 6 Theilen ein, den B. zu 8 Theilen; auch C. soll mein Erbe sein. Denn auf den Gebrauch des Wortes unciae konnte es dabei nicht ankommen[98]). Gewöhnlich aber werden die Erbtheile in beliebigen Bruch-

---

94) L. 17. §. 3. cf. L. 78. §. 3. L. 79. D. h. t.

95) L. 17. §. 3. cf. L. 20. §. 1. L. 53. D. h. t. §. 6. J. h. t.

96) §. 8. J. h. t. L. 18. 87. D. h. t.

97) §. 8. J. cit. L. 17. §. 5. D. h. t. Quodsi quis dupondium distribuit et tertium sine parte instituit, hic non in alium assem (nach Hal. dupondium) sed in trientem venit. Diese Stelle ist so zu verstehen: Wenn 24 Theile vergeben sind und nun noch einer sine parte eingesetzt ist, so sind nicht jene 24 Theile zusammen als ein As anzusehen und nun ein anderer As, also die Hälfte der ganzen Erbschaft dem sine parte scriptus zuzusprechen, sondern dieser bekommt nur ein Dritttheil der Erbschaft; es sind zu den schon vergebenen zweimal zwölf Unzen noch zwölf als dritter As hinzuzudenken, und darnach ist die Vertheilung zu machen. Vgl. L. 18. D. h. t. Eadem ratio in dupondio omnique re deinceps, quae in asse, servetur.

98) L. 87. cit.: In viginti quatuor enim partes hereditate distributa, tertio ratio calculi, velut ex decem partibus instituto, quinque uncias adsignavit.

theilen des Ganzen bestimmt sein, z. B. $\frac{1}{4}$, $\frac{1}{8}$, $\frac{1}{16}$ u. s. w. In diesem Falle könnte man nun eine Reduction auf die Eintheilung des Ganzen in 12 Theile vornehmen und so denn die obige Rechnung anwenden. Aber es muß immer dasselbe Resultat geben, wenn man nur ohne Weiteres die einzelnen Erbtheile auf die Hälfte oder ein Drittel u. s. w. herabsetzt, je nachdem dieselben zusammengenommen das Ganze erschöpfen oder übersteigen, oder doppelt erschöpfen u. s. w., und das Uebrige dann den anderen Erben zuweist. Man möchte zwar glauben, wenn die Bruchtheile kleiner seien als $\frac{1}{12}$, so müßten sie nur in $\frac{1}{24}$ oder beziehungsweise in $\frac{1}{96}$ verwandelt werden und nur die dann übrig bleibenden Theile den sine parte ernannten Erben zukommen; z. B. wenn A. zu $\frac{3}{14}$, B. zu $\frac{4}{14}$, C. zu $\frac{7}{14}$, D. sine parte eingesetzt worden, so müsse D. nicht $\frac{1}{2}$, sondern nur $\frac{10}{24}$ erhalten; denn es müsse doch einerlei sein, ob man A. zu 3 Theilen, B. zu 4, C. zu 7 Theilen einsetze, oder auf obige Weise; da unter diesen doch nothwendig durch ihre Concurrenz sich Vierzehntheile ergeben würden. Aber dieß wäre dennoch verkehrt, weil der Testator unter jener Bezeichnung sich bestimmte Bruchtheile des Ganzen dachte, die sich immer auf Zwölftheile reduciren lassen, denen aber nicht schlechthin andere Bruchtheile substituirt werden können. Es würde darnach ja auch sonderbarer Weise dasselbe Resultat herauskommen, wenn der Testator z. B. $\frac{16}{14}$, als wenn er $\frac{16}{16}$ an verschiedene Erben vertheilt und außer ihnen andere sine parte instituirt hätte.

c) In den Quellen wird ferner auch der Fall mehrfach berührt, wenn der Testator Erben nicht auf aliquote Theile der Erbschaft eingesetzt, sondern bestimmte Objecte des Erbvermögens oder Quantitäten ihnen zugewiesen hat. Solche Erben heißen heredes ex certa re scripti, instituti, certa re iussi esse contenti; die Neueren sprechen von einer pars quanta, im Gegensatze der pars quota. Die Einsetzung auf bestimmte Sachen ist zwar eigentlich überall keine wahre Erbeinsetzung, da die Erbfolge, zu welcher die wahre Erbeinsetzung beruft, nicht einzelne Sachen als solche zum Gegenstande hat, sondern das universum ius defuncti. Doch aber wäre es unangemessen, eine solche Verfügung sofort als ungiltig zu verwerfen, wovon die Ungiltigkeit des ganzen Testamentes die Folge sein könnte. Vielmehr wird, wenn der einzigen im Testamente enthaltenen Erbeinsetzung eine solche Beschränkung auf eine bestimmte Sache oder Summe hinzugefügt ist, diese Beschränkung ganz unbeachtet gelassen und der Eingesetzte als wahrer Erbe, und zwar als heres ex asse, angesehen, detracta rei, z. B. fundi, mentione, nicht anders, wie der auf ein Viertheil eingesetzte einzige Erbe quasi sine parte scriptus heres ist[99]). Eben so wenn Mehrere, aber alle auf bestimmte Sachen oder Summen, eingesetzt sind, so werden dieselben alle als wahre Erben angesehen, und zwar als zu gleichen Theilen eingesetzte Erben, quasi sine partibus scripti heredes, indem für die universelle Erbfolge wirklich keine Theile

---

99) L. 1. §. 4. cf. L. 74. D. h. t. L. 41. in f. D. de vulg. et pup. subst. (28. 6.)

bestimmt sind[100]). Selbst dann wird es so gehalten, wenn Mehrere auf eine und dieselbe Sache zu verschiedenen Theilen eingesetzt sind; auch dann sind sie Erben zu gleichen Theilen[101]). Doch kann sich darin wohl auch der Wille kund geben, die Theilung der Erbfolge festzusetzen, und dieß muß denn auch beachtet werden; z. B. wenn Jemand ein Landgut für sein einziges Vermögen haltend mehrere Erben darauf zu verschiedenen Theilen einsetzte, oder wenn er sein Vermögen im Ganzen zu einem gewissen Gesammtbetrag anschlug und darnach die Summen bestimmte, auf die er die Erben eingesetzt haben wollte, wo das Verhältniß dieser Summen zu einander wohl mit Recht als Maßstab der Vertheilung der Erbfolge überhaupt festgehalten werden kann[102]). Außerdem aber wird in jedem solchen Falle die den einzelnen zu Erben eingesetzten Personen zugewiesene pars quanta des Erbvermögens als Vermächtniß (Prälegat) behandelt, während sie zu gleichen Theilen Erben sind, wie dieß namentlich in Beziehung auf einen Fall ausführlich gezeigt wird, in welchem Jemand Einen zum Erben seines italischen, einen Anderen zum Erben seines Provinzialvermögens ernannt hatte[103]). Anders verhält es sich, wenn außer den auf bestimmte Vermögensobjecte angewiesenen Erben noch andere Personen zu Erben eingesetzt sind, entweder ausdrücklich auf aliquote Theile oder ganz ohne nähere Angabe darüber. In diesem Falle werden die letzten allein Erben im wahren Sinne; nur sie succediren in Wahrheit in universum ius; die erbschaftlichen Klagen, activ und passiv, Forderungen und Schulden, gehen auf diese allein über; jene dagegen erhalten nur dasjenige, worauf sie eingesetzt sind, sie sind legatariorum loco[104]). Doch ist es nicht ganz gleichgiltig, daß sie zu Erben eingesetzt worden sind; sie stehen nicht schlechthin denjenigen gleich, welchen nur ein Vermächtniß hinterlassen worden. Nur wenn die Anderen, alle oder einige, die Erbschaft erwerben, sind diese allein wahre Erben, und jene wesentlich nichts anderes als Legatare[105]); wenn aber keine der übrigen Erbeinsetzungen wirksam wird, z. B.

---

100) L. 10. D. h. t.: Nec enim facile ex diversitate praediorum (so oder ex div. pretiorum ist ohne Zweifel zu lesen statt der Florent. sed diversitate pretium, oder nach Torelli partium) portiones inveniuntur. L. 11. D. ibid.

101) L. 9. §. 13. D. h. t.

102) Cf. L. 9. §. 13. cit. in f. verb.: Si modo voluntas patrisfamilias manifestissime non refragetur.

103) L. 35. 78. pr. D. h. t.

104) So hat Justinian in L. 13. Cod. h. t. entschieden.

105) Eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus .... nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex re certa scriptorum fieri. Allem Anscheine nach liegt darin allerdings eine Neuerung. Nach älterem Rechte war der in re certa institutus immer eigentlich Erbe, ac si sine eius rei commemoratione heres institutus fuisset, er konnte nur durch das iudicium familiae erciscundae genöthigt werden, sich mit demjenigen zu begnügen, worauf der Erblasser ihn beschränkt hatte, und dadurch wurde er im Effect legatarii loco. L. 1. Gregor. Cod. fam. ercisc. Cf. L. 35. pr. D. h. t. verb.: dicebam receptum esse etc. Ipso iure aber standen ihm doch pro parte die actiones hereditariae zu als wahrem Erben, die er den Miterben zu cediren hatte, und umgekehrt konnte er pro parte

durch früheren Tod der Eingesetzten, oder Ausschlagung, so wird sich die Erbeinsetzung der in re certa instituti wieder als wahre Erbeinsetzung geltend machen, detracta rei certae mentione, als wäre sie vom Anfang die einzige gewesen [106]). Von Manchen wird sogar behauptet, der in re certa institutus sei auch bei der Concurrenz mit Anderen in jeder Beziehung als Erbe zu behandeln, nur mit der Modification, daß er blos die ihm angewiesenen Sachen erhalte und an Forderungen und Schulden keinen Theil habe [107]), was sich jedoch nicht billigen läßt [108]). Auch der Fall, wenn Jemand auf den Nießbrauch zum Erben eingesetzt ist, muß consequent gleich der institutio in re certa behandelt werden. Doch kann namentlich in dem vielbesprochenen Falle, wenn der Eine auf den Nießbrauch des ganzen Vermögens oder eines aliquoten Theiles zum Erben eingesetzt und nach dessen Tode ein Anderer zum Erben berufen ist, wohl eine andere Willensinterpretation zulässig sein [109]). Uebrigens greift auch in Beziehung auf die Behandlung der institutio in rebus certis das besondere Recht der Soldatentestamente ein [110]).

d) Einer besonderen Beachtung bedarf noch in Rücksicht der Bestimmung der Erbtheile die Verbindung mehrerer eingesetzten Erben zu

---

von den Erbschaftsgläubigern belangt werden, wogegen nur die Miterben seine Vertheidigung zu übernehmen hatten, indem sie ihn auf die res certa beschränkten, ohne daß sie aber im Stande gewesen wären, ihn auf solche Weise direct von den Ansprüchen der Gläubiger zu befreien. Arg. L. 2. §. 3. L. 3. D. fam. ercisc. (10. 2.) Justinian hat nun verordnet, daß mit Vermeidung aller Umwege schlechthin nur die nicht auf bestimmte Sachen angewiesenen Erben hereditariis actionibus klagen und belangt werden, d. h. allein wirklich in universum ius succediren sollten. Ob nun der in re certa institutus nicht doch noch des iud. fam. ercisc. theilhaft sei, scheint eine wenig praktische Frage. Es ist dieß gewiß nicht das geeignete Mittel, um einen singulären Rechtsanspruch geltend zu machen, für denjenigen, der an der universellen Erbfolge (an der familia in diesem Sinne) gar keinen Theil hat, und die wahren Erben bedürfen nach L. 13. cit. dieses Mittels überall nicht mehr, um die Ansprüche des ersten auf solche Theilnahme zurückzuweisen. Actio hereditaria ist übrigens die actio fam. ercisc. nicht, so wenig wie die hereditatis petitio.

106) Mayer, Erbr. Bd. 1, §. 19, Note 6. Vergl. Mühlenbruch, Bd. 40, S. 169—178.

107) Hennemann, Untersuchung zweier Rechtsfragen (Schwerin 1790), Nr. 1. Vangerow, Leitf. Bd. 2, H. 1, S. 156—159, u. A.

108) Vgl. Mühlenbruch a. a. O., der noch in Bd. 36, S. 353, Note 93, derselben Meinung sich geneigt erklärt, in den früheren Ausgaben seines Lehrbuches aber mit der Mehrzahl den heres in re certa institutus im fraglichen Falle schlechthin dem Legatar gleichgestellt hatte. Hennemann und Vangerow wollen in L. 13. cit. die Worte quos legatariorum loco haberi certum est gegen alle Wahrscheinlichkeit nur auf diejenigen, die certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt beziehen, nicht auf die ex re certa scripti heredes. Die ersten sind solche, welche zu Erben eingesetzt und dann angewiesen worden, in Ansehung dieser ihrer Erbeinsetzung mit gewissen Sachen sich zu begnügen; unrichtig übersetzt man: die anstatt der Erbeinsetzung mit gewissen Sachen zufrieden sein sollen. Cf. L. 10. Cod. fam. ercisc. (3. 36.)

109) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 183—187.

110) Vgl. L. 6. 17. pr. §. 1. D. de test. milit. (29. 1.) Cf. L. 16. §. 6. D. ad SC. Trebell. (36. 1.)

einem gemeinschaftlichen Erbtheil. Wie nämlich die sämmtlichen eingesetzten Erben zu der ganzen Erbschaft vereinigt sind, so können unter denselben wieder mehrere insbesondere zu einem Theile der Erbschaft vereinigt werden, dergestalt, daß sie zusammen gegenüber den anderen Erben nur einen Theil haben, im Gegensatze zu diesen als eine Gesammtheit auftreten (quasi in unum corpus redacti). Es hängt auch dieses, wie die ganze Vertheilung der Erbfolge, lediglich von dem Willen des Erblassers ab; und diesen Willen zu erkennen, ist Sache der Interpretation. Er kann klar ausgesprochen sein, indem der Testator mehrere Erben ausdrücklich zu einem gemeinschaftlichen Erbtheile beruft, entweder in derselben Satzverbindung, z. B. Titius soll mein Erbe sein zur Hälfte, auf die andere Hälfte setze ich den Cajus und Sempronius zu Erben ein (re et verbis coniuncti) [111]), oder auch in verschiedenen Sätzen, z. B. Titius soll mein Erbe sein zur Hälfte; Cajus und Sempronius sollen Jeder ein Viertheil der Erbschaft haben; auch den Sejus setze ich mit dem Titius auf denselben Erbtheil ein (re, nicht verbis, coniuncti). Die Frage kann aber zweifelhafter sein. Wenn z. B. im letzten Falle gesagt wäre: den Sejus setze ich auf denselben Erbtheil ein, wie den Titius, so könnte dieses auch so ausgelegt werden, daß der Sejus nur auf einen eben so großen Erbtheil eingesetzt sein solle, als auf welchen der Titius eingesetzt worden, so daß hier die Regel sub a) anzuwenden wäre, als ob drei Hälften vergeben wären; und diese Auslegung möchte hier sogar mehr für sich haben, während dagegen der Ausdruck: den Sejus setze ich auf denselben Erbtheil ein, auf welchen der Titius eingesetzt ist, schon eher berechtigt, eine Verbindung beider zu einem gemeinschaftlichen Erbtheil für beabsichtigt zu halten, zumal wenn die Erbschaft außerdem schon ganz vergeben ist [112]). Dieselbe Absicht kann sich auch ohne nähere Bestimmung der Erbtheile schon dadurch aussprechen, daß der Testator mehrere Erben im Gegensatze der übrigen zusammenstellt oder unter einer Collectivbezeichnung zusammenfaßt; z. B. ich setze zu Erben ein den A., B., C.; außerdem sollen auch D. und E. meine Erben sein, oder: ich setze zu Erben ein meinen Freund A., meinen Bruder B. und die Kinder meines verstorbenen Bruders C. Hier werden die Letzten zusammen ein Drittheil der Erbschaft bekommen [113]); dort D. und E. zusammen ein Vier-

---

111) L. 142. D. de V. S.: Veluti Titius et Maevius ex parte dimidia heredes sunto, vel Titius cum Maevio ex parte dimidia heredes sunto.

112) L. 142. cit.: Lucius Titius ex parte dimidia heres esto. Seius ex parte, qua Lucium Titium heredem institui, heres esto. Sempronius ex parte dimidia heres esto. — Julianus, dubitari posse, tres semisses facti sint, an Titius in eundem semissem cum Caio Seio institutus sit: sed eo quod Sempronius quoque ex parte dimidia scriptus est, verisimilius esse, in eundem semissem duos coactos et coniunctim heredes scriptos esse. Cf. L. 15. pr. D. h. t. Gewiß unrichtig ist es, wenn Mayer, Bd. 1, S. 92, in diesen Fällen auch eine re et verbis coniunctio erkennen will; die Erbeinsetzung der beiden Erben ist ja in ganz getrennten Sätzen enthalten, und könnte mit derselben Wirkung in ganz verschiedenen Stellen des Testamentes vorkommen.

113) L. 13. pr. D. h. t.: Primus et fratris mei filii .. semissem fra-

theil[114]). Es kommt jedoch darauf an, ob nicht durch irgend einen Zusatz oder aus dem ganzen Zusammenhange der Verfügung eine andere Willensmeinung des Erblassers mit Gewißheit oder überwiegender Wahrscheinlichkeit zu erkennen ist, in welchem Falle die zusammen genannten blos verbis, aber nicht re coniuncti, d. h. in Wahrheit nicht auf einen gemeinschaftlichen Erbtheil eingesetzt sind, sondern Jeder für sich den nach der Gesammtzahl der Erben ihm zukommenden Erbtheil in Anspruch zu nehmen hat. Nach der Erklärung der römischen Juristen soll namentlich dann eine Verbindung in Ansehung des Erbtheiles nicht angenommen werden, wenn ausdrücklich bemerkt ist, daß die zusammen genannten zu gleichen Theilen erben sollen[115]). Sind einige Erben auf bestimmte Erbtheile eingesetzt, andere ohne solche Angabe oder auf den Rest, so sind deßhalb allein die letzten noch nicht als verbunden zu einem gemeinschaftlichen Erbtheil anzusehen. Dieß ist aber nur von Bedeutung in Betreff des Anwachsungsrechtes, wenn einer von den eingesetzten Erben wegfällt; denn was die ursprüngliche Vertheilung betrifft, so ist hier nach den unter b) angegebenen Bestimmungen kein Zweifel, daß jene zu dem nicht vergebenen Theile der Erbschaft zu gleichen Theilen berufen sind[116]). Und eben so ist auch der Fall zu beurtheilen, wenn expleto asse noch Andere ohne Theilbestimmung eingesetzt sind[117]).

3) Nebenbestimmungen, welche bei der Erbeinsetzung vorkommen können, sind

a) Bedingungen, conditiones[118]). Regelmäßig kann der Erblasser die Erbeinsetzung von einem künftigen ungewissen Ereigniß abhängig machen, d. i. eben eine wahre eigentliche Bedingung derselben wirksam hinzufügen, auch zugleich mehrere, copulativ oder alternativ[119]). Die Wirkung davon besteht darin, daß die Delation der Erbschaft durch diese Erb-

---

tris filii, semissem Primus haberet. Cf. L. 11. D. ibid.: Attius ... duo Titii .. heredes sunto: habebunt duo Titii semissem, Attius semissem. L. 11. Cod. de impub. et al. subst. (6. 26.) Titius una cum filiis et Sempronius heredes sunto.

114) L. 59. §. 2. cf. L. 17. §. 4. D. h. t.

115) L. 13. cit.: Primus et fratris mei filii aeque heredes sunto ... haec adiectio declarat, omnes ex virilibus partibus institutos. L. 66. D. ibid.: Titius heres esto. Caius et Maevius aequis ex partibus heredes sunto. Cf. L. 89. D. de legat. III.

116) L. 11. §. 1. cf. L. 63. D. h. t. Vgl. den Art. Anwachsungsrecht, Bd. 1, S. 298—301.

117) L. 17. §. 4. D. h. t. ... si expleto asse duo sine partibus scribantur .. isti duo an in unum coniungantur? ... et verius est in unum assem (sc. in alium oder secundum assem) venire; aber vgl. L. 17. §. 2. ibid.: Neque hos neque illos coniunctos. Doch soll nicht gesagt sein, daß nicht die sine partibus scripti Alle oder Einige unter ihnen auch wahrhaft coniuncti sein können. Vgl. Mayer, §. 28, Note 6.

118) Dig. de conditionibus institutionum. (28. 7.) Cod. de institutionibus et substitutionibus et restitutionibus sub conditione factis. (6. 25.) Cf. Dig. de conditionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur. (35. 1.) Mühlenbruch, der Erläuter. Bd. 41, S. 45—276.

119) §. 9. 11. J. h. t.

einsetzung, wenn auch alle sonstigen Voraussetzungen derselben eingetreten sind, noch aufgeschoben bleibt bis zum Eintritt des zur Bedingung gestellten Ereignisses, und, sobald das Nichteintreten dieses Ereignisses entschieden ist (conditione deficiente), die Erbeinsetzung als nichtig und wirkungslos erscheint. Sind mehrere Bedingungen verbunden (conjunctiv, copulativ) der Erbeinsetzung hinzugefügt, so müssen sie sämmtlich erfüllt sein, damit diese unbedingt werde[120]). Von mehreren alternativ gestellten Bedingungen dagegen braucht nur die eine oder die andere erfüllt zu werden[121]); die Deficienz der einen schadet nicht, wenn nur die andere früher oder später erfüllt wird[122]); dieß genügt zur vollständigen Wirksamkeit der Erbeinsetzung eben so als ob beide oder alle Alternativen eingetreten wären[123]). Gleiches gilt auch, wenn sich dieselbe Person mehrmals, aber unter verschiedenen Bedingungen auf dieselbe ganze Erbschaft oder einen und denselben Erbtheil eingesetzt findet[124]), so wie auch beim Zusammentreffen einer ursprünglich unbedingten und einer bedingten Erbeinsetzung die erste allein entscheidet[125]), während die unbedingte Einsetzung auf einen Theil und die bedingte Einsetzung derselben Person auf einen anderen Erbtheil, natürlich also auch verschieden bedingte Einsetzungen derselben Person auf verschiedene Erbtheile, eine jede für sich in Betracht kommen[126]).

Was die Erfüllungen der Bedingungen betrifft, so gelten darüber die allgemeinen Grundsätze[127]). Zur Richtschnur dient der allgemeine Satz: in conditionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari[128]). Darnach ist im einzelnen Falle zu ermessen, inwiefern buchstäblich das Eintreten der im Testamente bezeichneten Thatsache gefordert werde[129]), und insbesondere auch ob etwa schon die an den Tag gelegte Bereitwilligkeit zur Erfüllung von Seiten des bedingt Eingesetzten bei zufälliger Verhinderung derselben der wirklichen Erfüllung

---

120) L. 5. D. h. t.: Omnibus parendum est, quia unius loco habentur. §. 11. J. cit.

121) L. 5. D. cit.: Si disiunctim, cuilibet.

122) L. 78. §. 1. D. de cond. et dem. Cf. L. 26. pr. ibid.

123) §. 11. J. l. c.: Si separatim, veluti si illud aut illud factum erit, cuilibet obtemperare *satis est*. Ein Anderes ist in neuester Zeit behauptet und mit Scharfsinn vertheidigt worden für den Fall, daß einem Haupterben ein Anderer als Miterbe unter alternativer Bedingung abjicirt wird. Huschke, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 12, H. 11, S. 375—426. Dagegen vgl. Arndts, in dersf. Zeitschr. Bd. 13, H. 12, S. 293—321. Wangerow, in Richter's und Schneider's krit. Jahrb. Bd. 3, S. 571—588. Mayer, Erbr. Bd. 1, S. 56—58. Doch hat darauf wieder Huschke seine Ansicht vertheidigt in der Zeitschr. Bd. 15, H. 11, 12, S. 235—311.

124) L. 17. D. h. t. L. 27. §. 2. D. de hered. instit.

125) L. 27. §. 1. L. 67. D. l. c.

126) L. 17. pr. L. 56. §. 6. cf. L. 33. D. l. c.

127) Vgl. den Art. Bedingung, Bd. 1, S. 780—783. Savigny, System des heut. röm. R. Bd. 3, S. 135—148.

128) L. 19. pr. L. 101. pr. D. de cond. et dem.

129) Vgl. L. 3. Cod. h. t. L. 11. §. 11. D. de legat. III.

gleichzuachten sei. Als Regel kann dieß keineswegs angenommen werden [130]). Wohl aber kommen die beiden Regeln zur Anwendung: perinde haberi ac si impleta conditio fuisset, quoties per eum, cuius interest conditionem non impleri, fit quominus impleatur [131]), und quotiens per eum, cuius interest conditionem impleri, fit quominus impleatur [132]). Die Bedingung, daß Jemand Kinder haben werde, kann nach singulärer Rechtsvorschrift durch das solenne Gelübde der Keuschheit unter Bestimmung des Vermögens ad pias causas erfüllt werden [133]). Die Erfüllung kann übrigens sowohl schon bei Lebzeiten des Testators eingetreten sein, als erst nach dessen Tode statthaben, wenn nicht dieselbe durch die eigenthümliche Beschaffenheit der Bedingung nothwendig auf jene oder diese Zeit beschränkt ist [134]). Ist aber eine Willenshandlung zur Bedingung gesetzt, die ihrer Natur nach eine mehrmalige willkürliche Wiederholung zuläßt (conditio promiscua), so ist in der Regel zur Erfüllung der Bedingung erforderlich, daß jene nach dem Tode des Erblassers und mit Rücksicht auf dessen Willen (ut testamento pareatur) vollzogen werde, es möchte denn sich erkennen lassen, daß es dem Testator nur auf das einmalige Geschehen ankam, wie bei anderen Bedingungen im Zweifel immer anzunehmen ist [135]). Bei diesen ist auch genügend, wenn sie schon zur Zeit der Testamentserrichtung erfüllt waren, ohne daß der Testator Kunde davon hatte [136]). In jedem Falle aber muß die Erfüllung der Bedingung noch bei Lebzeiten des Eingesetzten eintreten; den Erben desselben kann sie nicht mehr nützen [137]). An eine bestimmte Zeitfrist dagegen innerhalb seines Lebens ist der bedingt Eingesetzte in Ansehung der Erfüllung der Bedingung, auch wenn diese von seiner Willkür abhängt, regelmäßig nicht gebunden, so daß durch Versäumung jener Frist die Bedingung schlechthin als vereitelt anzusehen wäre; er kann nur in solchem Falle zur Erfüllung der Bedingung und dann zur Antretung der Erbschaft während einer gewissen Frist indirect

130) Savigny a. a. O. S. 144 flg. Vgl. Wangerow, Leitf. Bd. 2, S. 128—132. Mühlenbruch a. a. O. S. 211 flg.

131) L. 161. D. de reg. iur., z. B. durch den Substituten oder Miterben des bedingt Eingesetzten oder durch den Intestaterben. Cf. L. 81. §. 1. D. de cond. et dem.

132) L. 24. D. de cond. et dem. nach der florent. Lesart, die freilich wohl nicht den Vorzug vor der Lesart non impleri verdient. Anwendungen dieses Satzes aber enthalten L. 14. 31. 78. pr. D. l. c. L. 11. 23. D. h. t. Savigny, S. 138, 139. Aber immer ist im einzelnen Falle darauf zu achten, ob nicht die Meinung des Testators vielmehr diese war, daß das bezeichnete Factum wirklich eintreten solle. L. 23. cit.

133) L. 53. §. 2. Cod. de episcop. et cler. (1. 3.)

134) L. 2. 91. D. de cond. et dem. Cf. L. 10. pr. L. 19. pr. D. ibidem.

135) L. 2. 11. §. 1. D. l. c.

136) L. 10. §. 1. L. 11. pr. cf. L. 9. D. l. c.

137) L. un. §. 7. Cod. de cad. toll. (6. 51.) Cf. L. 59. 101. D. l. c. L. 28. D. h. t.

auf die Weise angehalten werden, wie auch sonst die Entscheidung über Annahme einer wirklich deferirten Erbschaft betrieben werden kann[138]).

So lange nun nach dem Tode des Erblassers die Erfüllung der Bedingung noch zu erwarten steht, so lange bleibt es noch ungewiß, ob die Erbfolge kraft dieser Erbeinsetzung werde deferirt werden oder nicht und kann also weder die definitive Antretung durch die bedingt Eingesetzten statthaben, noch auch auf der anderen Seite der Substitut desselben oder der Miterbe (iure accrescendi) oder der Intestaterbe den Erbtheil oder die Erbschaft für sich begehren. Die Agnition der bonorum possessio jedoch wird durch die noch schwebende Bedingung nicht gehindert, wenn nur die Einsetzung sonst giltig ist; durch sie kann sich der bedingt Eingesetzte schon pendente conditione einstweilen in die Lage eines Erben versetzen, und dadurch dem sonst zu befürchtenden Nachtheile im Falle langedauernder Unentschiedenheit vorbeugen[139]). Diese bonorum possessio erscheint in den betreffenden Stellen als ganz regelmäßige, quae ex edicto competit, nicht abhängig von einer causae cognitio und förmlichem decretum; und es ist denn auch zu behaupten, daß sie innerhalb der edictmäßigen Frist von dem bedingt Eingesetzten agnoscirt werden müsse[140]), damit nicht dieselbe dem Substituten als secundo loco bedingt eingesetzten Erben deferirt werde[141]), oder die bonorum possessio secundum tabulas der Miterben iure accrescendi auch über den Erbtheil des nicht agnoscirenden sich erstrecke[142]), oder im Ermangelung beider die bonorum possessio intestati eröffnet werde[143]). Wie aber diese vereitelt wird, wenn die Bedingung der Erbeinsetzung hinterher in Erfüllung geht und der Eingesetzte nunmehr die Erbschaft civilrechtlich antritt, so muß umgekehrt die von dem bedingt Eingesetzten agnoscirte bonorum possessio secundum tabulas sine re werden, wenn nachher die Bedingung der Erbeinsetzung deficirt, und nunmehr die Erbschaft oder der fragliche Erbtheil denjenigen erworben wird, welche als Substituten oder Miterben oder Intestaterben nach jenem zunächst Anspruch darauf haben. Diese können nun als Civilerben gegen jenen die Erbschaftsklage anstellen, und dadurch dessen bonorum possessio ihres Effectes berauben[144]). Mit Rücksicht auf diesen möglichen Fall kann der-

---

138) L. 4. §. 2. L. 5. 23. §. 1. 2. D. de hered. instit. Mühlenbruch, S. 236—248.

139) L. 5. pr. L. 6. 10. 12. in f. D. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.)

140) L. 3. §. 13. D. de bon. poss. c. t. (37. 4.) Bonorum possessionem secundum tabulas accipere potest et debet.

141) L. 2. §. 4. D. l. c.

142) L. 2. §. 2. 7. D. l. c. L. 5. §. 9. — L. 5. D. de bon. poss. (37. 1.)

143) L. 1. §. 2. D. si tab. test. nullae. (38. 6.) L. 1. §. 10. D. de succ. edicto. (38. 9.)

144) L. 12. D. qui satisdare cog. (2. 8.) Et si defecerit conditio adeuntem hereditatem substitutum ... petere hereditatem posse. Dasselbe gilt vom Intestaterben. L. 1. §. 7. D. ad SC. Tertull. (38. 17.) Natürlich wird auch demjenigen, der blos als prätorischer Erbe nach dem bedingt Eingesetzten folgte, nun zur Erbschaft verholfen sein. Dagegen wird dieser im Besitze erhalten, wenn er selbst deficiente conditione der nächste Intestaterbe ist.

her der bedingt Eingesetzte, welcher die bonorum possessio agnoscirt hat, zur Cautionsleistung wegen dereinstiger Restitution der Erbschaft an den Berechtigten angehalten werden[145]), worüber der Prätor nach Befinden der Umstände erkennt[146]), und wovon denn auch wohl die Ertheilung der bonorum possessio gleich Anfangs abhängig gemacht werden mag, wenn der betreffende Antrag der Gegenpartei so frühzeitig gestellt worden ist. Der Anspruch auf Cautionsleistung wird zwar im Allgemeinen nur dem Substituten ausdrücklich beigelegt[147]); aus anderen Stellen aber läßt sich entnehmen, daß den Miterben dasselbe Recht zustehe[148]), und nach dem ganzen Zusammenhange ist auch zu Gunsten der Intestaterben Gleiches anzunehmen, wie für einen Fall einer negativen Bedingung von Justinian ausdrücklich anerkannt ist[149]). Die Anwendbarkeit der angegebenen Bestimmungen auf negative wie auf affirmative Bedingungen ist nämlich im Allgemeinen unzweifelhaft. Insbesondere hervorzuheben aber sind darunter negative Potestativbedingungen, conditiones non faciendi, und zumal solche, deren eigentliche Erfüllung bis zum Tode des Eingesetzten unentschieden bleiben muß. Für den Fall, daß einem Vermächtniß eine Bedingung dieser letzten Art hinzugefügt werde, ist bekanntlich die Muciana cautio eingeführt worden, kraft deren der Legatar schon bei Lebzeiten das Vermächtniß, als sei es unbedingt, geltend machen kann, indem er dem Onerirten die Rückerstattung zusichert, falls er die Bedingung späterhin übertreten sollte[150]). Diese Muciana cautio ist denn auch auf Erbeinsetzungen unter solchen Bedingungen angewendet worden[151]), so daß der Eingesetzte auch hier gegen Cautionsleistung die Erbschaft sofort erlangen

---

sei es auch nur nach prätorischem Rechte. L. 5. pr. L. 2. §. 1. D. de b. p. s. tab. L. 3. §. 13. D. de b. p. contra tab. — Nicht richtig scheint zu sein, was der Verf. dieses Art. an einem anderen Orte angedeutet hat, daß die Ertheilung der bonorum possessio dem bedingt Eingesetzten vorenthalten werde, wenn die baldige Erfüllung in seiner Gewalt stehe. Arndts, Beiträge, Bd. 1, S. 184. Vgl. Mühlenbruch, S. 191. Die L. 23. §. 1. D. de hered. instit. betrifft den Fall, wenn der Eingesetzte die bonorum possessio versäumt, die er nämlich schon vor Erfüllung der Bedingung erlangen könnte, und nun auch die Erfüllung der Bedingung, also die eigentliche Delation der Erbschaft, und somit auch die Möglichkeit der Antretung verzögert.

145) L. 8. D. de stip. praet. (46. 5.) Qui sub conditione institutus est, agnita bonorum possessione cogitur substituto ... cavere etc. Cf. Paulli sent. V. 9. §. 1. und Schulting ad h. l. — L. 12. D. qui satisdare cog. (2. 8.) Heredem sub conditione, pendente conditione possidentem hereditatem (cf. L. 3. §. 1. D. de bon. poss.: Hereditatis bonorumve possessio) substituto cavere debere de hereditate.

146) L. 12. D. cit.: Ex causa iubere solet stipulationem interponi. Vgl. Mühlenbruch, S. 192, 193.

147) L. 8. 12. cit.

148) L. 4. §. 1. D. h. t. L. 7. §. 1. D. de cond. et dem.

149) Nov. 22. cap. 44. §. 9.

150) L. 7. pr. L. 72. §. 2. L. 73. L. 79. 101. §. 3. L. 106. D. de cond. et dem.

151) L. 7. pr. D. cit.

kann [152]) und im Falle der Nichtübertretung der Bedingung unwiderruflich behält oder auf seine Erben überträgt; und dieses war, abgesehen von der Uebertragung der ohne Zweifel genau bestimmten Cautionsformel auf diesen Fall, deßhalb bedeutend, weil man sonst civilrechtlich die Giltigkeit einer solchen Erbeinsetzung oder der fraglichen Bedingung bestreiten konnte [153]). Es ist aber der Gebrauch dieser Mucianischen Caution bei Erbeinsetzungen gewiß nicht wie bei Vermächtnissen beschränkt geblieben auf diejenigen negativen Potestativbedingungen, deren Entscheidung nicht vor dem Lebensende des Eingesetzten eintreten wird, sondern auch auf solche conditiones non faciendi ausgedehnt worden, deren Erfüllung auch wohl schon früher sich entscheiden kann, da in Beziehung auf die Erbfolge die Beseitigung der Unsicherheit dringender erheischt wird, als bei Vermächtnissen, und deßhalb ja die bedingte Erbeinsetzung überhaupt gegen Cautionsleistung zur bonorum possessio berechtigt [154]). Von der Mucianischen Caution nun heißt es, sie müsse denjenigen geleistet werden, welchen deficiente conditione die Erbschaft (beziehungsweise der Erbtheil

---

152) Ob civilrechtlich durch Antretung? oder auch nur durch bonorum possessio? Für das Erste scheint der Umstand zu sprechen, daß die Muciana cautio dem ius civile im engsten Sinne angehört; vgl. L. 7. §. 1. D. l. c.: Implere conditionem; und es widerspricht ihm nicht schlechthin, wie in den angeführten Beitr. S. 187, 188, behauptet worden ist, L. 18. D. h. t., denn deficiente conditione könnte erklärt werden: wenn die Bedingung weder im eigentlichen Sinne noch durch Leistung der Caution erfüllt wird. Vergl. aber Mühlenbruch, S. 208—210.

153) Vgl. Arndts, Beitr. S. 188. Mühlenbruch, S. 264, 265. Wer behauptet, daß auch Vermächtnisse im selben Falle, abgesehen von der Muciana cautio, für ungiltig erklärt werden müßten, wie Mühlenbruch, S. 255, Vangerow, Leitfaden, Bd. 2, §. 436, der muß consequent annehmen, daß in den Fällen der L. 101. §. 3. und L. 106. D. de cond. et dem., in welchen die muciana cautio nicht anwendbar ist, weil die Unmöglichkeit der Uebertretung der Bedingung möglicher Weise noch vor dem Tode des Legatars entschieden werden kann, das Vermächtniß ob deficientem conditionem ungiltig sei, wenn dieser Fall nicht eintritt, obwohl eine Uebertretung der Bedingung auch nicht stattgefunden hat; also wenn im Falle der L. 101. der Sohn die Schwiegertochter, im Falle der L. 106. cit. der Titius die Vermächtnißnehmerin überlebt, dort aber eine Trennung der Ehe, hier die Verheurathung mit dem Titius wirklich vermieden worden ist. Dieser Annahme aber steht L. 101. §. 3. cit. geradezu entgegen: nec ante diem fideicommissi cedere quam mori coeperit nupta vel maritus. Vgl. L. 79. pr. D. ibid. Paulli sent. III. 6. §. 6.

154) Das Beispiel in L. 7. pr. D. cit.: Si Stichum non manumiserit, kann auf eine Erbeinsetzung bezogen werden. Cf. L. 4. §. 1. D. h. t. Bei Vermächtnissen wäre dieß Beispiel den sonst ausgesprochenen Grundsätzen (Note 150, 154) nicht entsprechend, mit denen auch L. 67. D. de cond. et dem. nicht im Widerspruche steht, da in derselben nicht von Freilassung eines bestimmten Sclaven die Rede ist. Vangerow a. a. O. S. 134. Vgl. Mühlenbruch, S. 261—263. Eine sehr erklärliche Ausnahme bei Vermächtnissen, die sich aber auch als Ausnahme bezeichnet (velut Mucianam cautionem offerri), enthält nur L. 72. §. 1. D. de cond. et dem. — Durchaus unrichtig ist es übrigens, wenn Manche nur dem unter negativer Potestativbedingung eingesetzten Erben das Recht, gegen Caution den Besitz des Nachlasses zu erlangen, beigelegt haben. Vgl. Mühlenbruch, S. 206, und oben Note 139 flg.

des sub conditione non faciendi Eingesetzten) zukommen würde [155]). Diese aber sind eben zunächst die Substituten, dann die Miteingesetzten, und endlich die Intestaterben, oder auch diejenigen, denen das Vermögen als erbloses Gut anfallen könnte, namentlich der Fiscus. Dennoch wird von Manchen bestritten, daß auch den Intestaterben, um wie viel mehr daß denjenigen, die auf die bona vacantia Anwartschaft haben, von Manchen sogar, daß den Substituten die Mucianische Caution zu leisten sei [156]); es wird behauptet, wenn Jemand unter einer negativen Potestativbedingung allein (ex asse) zum Erben eingesetzt, und demselben auch kein Substitut ernannt worden, oder sogar ungeachtet dieses geschehen, so sei die Bedingung als unmögliche für nicht hinzugefügt zu achten und die Erbeinsetzung als unbedingte wirksam; nur eine singuläre Ausnahme sei es, daß nach Justinian's Verordnung [157]) wegen Erfüllung der Bedingung, nicht wieder zu heurathen oder im Wittwenstande zu verharren, auch den Intestaterben Caution geleistet werden solle. Diese Ansicht gründet sich hauptsächlich auf einige Stellen der Pandekten; denn die unterstützenden Nebengründe, welche außerdem noch aus der Natur der Sache hergeleitet werden, sind nur von untergeordneter Bedeutung, sie laufen zum Theil auf eine petitio principii hinaus und sind zum Theil schon dadurch widerlegt, daß in einem Falle ausdrücklich die Intestaterben für berechtigt die Caution zu fordern anerkannt sind [158]). Jene Stellen aber be-

155) L. 18. D. l. c. Is, cui sub conditione non faciendi aliquid relictum est, ei scilicet cavere debet Muciana cautione, ad quem iure civili deficiente conditione id legatum eave hereditas pertinere potest.

156) S. die Angaben in den genannten Beitr. S. 190, Note 13, 14, und bei Mühlenbruch, S. 195, Note 24, auch Vangerow a. a. O.

157) Nov. 22. cap. 44. §. 9.

158) Es gilt dieß namentlich von der Behauptung, die Intestaterben könnten die Caution nicht fordern, weil zur Zeit noch nicht gewiß sei, welchen Personen deficiente conditione die Erbschaft ab intestato deferirt werde. Vergl. Arndts a. a. O. S. 202—207. Was Vangerow gegen diese Ausführung bemerkt, ist unbedeutend; denn auch von der Erbfolge des Substituten kann keine Rede sein, so lange der Institut noch antreten kann, so wenig wie von der Intestaterbfolge, so lange der Testamentserbe noch erwerben kann; daß aber dennoch das Recht des Substitutus sogleich berücksichtigt werden müsse, weil es auf demselben Delationsgrunde beruht, nicht aber das Recht des Intestaterben, ist eben nur eine petitio principii, gegen den allgemeinen Ausdruck der L. 18. cit.: ad quem hereditas pertinere potest. Kann doch auch sowohl der Intestaterbe wie der Substitut ex edicto successorio bonorum possessio erlangen, wenn der Vorgehende deren Frist versäumt, obwohl diesem dadurch das Civilerbrecht nicht verkümmert wird. Note 141—143. Der Schluß ferner: durch die Cautionsleistung gelte die Bedingung für erfüllt; wo also die Stellung dieser Caution unmöglich sei, weil Niemand sich finde, dem sie zu leisten sei (was fälschlich vorausgesetzt wird), da sei die Erfüllung der Bedingung unmöglich, also diese pro non adiecta: dieser Schluß ist offenbar falsch in Ansehung derjenigen negativen Potestativbedingungen, deren Uebertretung wirklich noch vor dem Tode des Eingesetzten unmöglich werden kann. Wollte man ihn festhalten, so käme man consequent zu der Absurdität, zu behaupten: z. B. die Bedingung si Stichum servum suum non manumiserit, non alienaverit, sei nicht erfüllt, wenn der Stichus unfrei und unveräußert gestorben, sondern es müsse auch nun erst noch Muciana cautio de non liberando vel alienando geleistet werden.

rechtigen deßhalb nicht zur Annahme eines der Natur der Sache und dem erklärten Willen des Testators so wenig entsprechenden Satzes, weil sie sich durch die Beachtung der besonderen Beschaffenheit der darin vorgelegten Fälle genügend erklären. In dem einen dieser Fälle handelt es sich von einer Unterlassungsbedingung, deren Uebertretung durch den heres ex asse gar nicht möglich ist, und die daher mit Recht als von selbst erfüllt angesehen wird [159]); in dem anderen Falle ist eine Bedingung gegeben, deren Uebertretung, nämlich durch Veräußerung eines zur Erbschaft gehörenden Sclaven, erst möglich wäre nach geschehenem Erwerbe der Erbschaft, während doch dieser von der Entschiedenheit darüber, daß dieselbe nicht übertreten werde, erst abhängig sein soll, welche daher als eine in sich verkehrte Bedingung unbeachtet gelassen werden kann, insofern ihr nicht aus Rücksicht auf Miterben eine Bedeutung beizulegen ist [160]).

Bisher war die Rede von einer wahrhaft bedingten Erbeinsetzung, deren Bestehen kraft der hinzugefügten Nebenbestimmung zur Zeit der Testamentserrichtung ungewiß ist. Es ist aber keine wahrhaft bedingte Erbeinsetzung diejenige, welche von einem in jenem Zeitpunkte schon als

---

159) L. 7. §. 1. D. de cond. et dem. L. 20. pr. D. h. t. Beitr. a. a. O. S. 191—194. Daß diese Stellen die gegnerische Behauptung nicht beweisen, wird derjenige, welcher sonst dem Substituten das Recht zur Caution beilegt, ungeachtet der Gegenbemerkungen bei Wangerow, S. 139, gewiß einräumen, wenn er nur bedenkt, daß die Entscheidung in diesem Falle ganz dieselbe sein würde, wenn auch dem ex asse eingesetzten Erben ein Substitut ernannt wäre. Dieser wird sich eben so wenig, wie der Intestaterbe, wenn er auch sonst berechtigt ist, zu der Comödie einer ganz sinnlosen Cautionsleistung, zu der nach röm. Rechte bekanntlich Stipulation erforderlich, herbeilassen, und man könnte etwa deßhalb die Bedingung der Cautionsleistung eine unmögliche nennen. Die eigentliche Bedingung selbst aber, si non petierit, ist nach Eröffnung der Erbschaft eine juristisch nothwendige (in non faciendo impossibilis. L. 50. §. 1. D. de hered. instit.). Savigny, System, Bd. 3, S. 159.

160) L. 4. §. 1. D. de cond. institut. Die hier zum Grunde gelegte Erklärung dieser Stelle (ursprünglich von Faber aufgestellt) ist ausgeführt und gerechtfertigt in den angeführten Beiträgen S. 194—202; und stimmt diesen jetzt vollkommen bei Mühlenbruch a. a. O. S. 195 flg., insbesondere S. 201 flg. Dagegen vergl. Wangerow, S. 138, dessen Widerlegung aber auch hier nicht befriedigt. Daß unter dem solus heres scriptus der ohne Miterben und ohne Substituten ernannte einzige Erbe zu verstehen sei, ist nicht so „offenbar"; vielmehr bildet er offenbar nur den Gegensatz gegen den mit einem Miterben eingesetzten Erben. Es nimmt also diese Stelle auf Substituten so wenig Rücksicht, wie auf Intestaterben, und wer jenen dennoch den Anspruch auf Cautionsleistung gibt, ist durch diese Stelle nicht berechtigt, den Intestaterben ihn zu versagen. Bedenkt man, daß die in L. 4. §. 1. cit. erwähnte Bedingung eine solche ist, welche sehr wohl schon bei Lebzeiten des Eingesetzten buchstäblich erfüllt werden könnte, nämlich durch den früheren Tod des Sclaven, so kann man sich noch weniger entschließen, der gegnerischen Interpretation beizustimmen. Eine jede negative Potestativbedingung, der einzigen Erbeinsetzung hinzugefügt, müßte man darnach als fingirt unmögliche für unwirksam erklären, wenn gleich deren wirkliche volle Erfüllung schon in kurzer Zeit sich entscheiden könnte, ja consequent, selbst wenn eine Zeit für die Unterlassung ausdrücklich festgesetzt wäre, z. B. wenn Titia bis zu ihrem zwanzigsten Jahre ihre Mutter nicht verläßt, soll sie Erbin sein; oder wenn Titius bis zum dreißigsten Lebensjahre, oder in zehn, zwölf Jahren nicht in's Militär getreten ist.

vergangen oder gegenwärtig gedachten Umſtande abhängig gemacht iſt (conditio in praeteritum oder in praesens collata). Allerdings wird hier die Exiſtenz jenes Umſtandes gefordert, damit die Erbeinſetzung beſtehe; aber dann iſt dieſelbe auch von Anfang an unbedingt; und im entgegengeſetzten Falle iſt in keinem Momente eine wirkliche Erbeinſetzung, auch nicht einmal eine bedingte, vorhanden, und daher das Teſtament, in welchem keine anderen Erbeinſetzungen enthalten ſind, in der That von Anfang an nichtig [161]).

Eine bedingte Erbeinſetzung iſt auch diejenige nicht, der eine ſich von ſelbſt verſtehende Bedingung hinzugefügt iſt (conditio tacita), z. B. si ante eum mortuus ero, oder si volet, si hereditatem adibit, heres esto; in den beiden letzten Beiſpielen jedoch vorausgeſetzt, daß der Eingeſetzte nicht ein ſolcher ſei, der ſonſt ipso iure Erbe würde [162]). Eben ſo wenig macht die Bedingung, deren Erfüllung im Voraus gewiß iſt (ſogen. necessaria conditio), wohin auch diejenige gehört, gemäß welcher ein unmögliches Ereigniß nicht eintreten ſoll, die Erbeinſetzung zu einer bedingten [163]). Doch kann ein Ereigniß, welches jedenfalls einmal eintreten wird, bei letzten Willensordnungen wohl inſofern wahrhaft bedingend ſein, als der Teſtator deſſen Eintreten bei Lebzeiten des Honorirten im Auge hatte, dieſes aber ungewiß iſt [164]).

Endlich auch die unmögliche Bedingung, die phyſiſch oder juriſtiſch unmögliche, d. i. diejenige, deren Erfüllung aus natürlichen oder juriſtiſchen Gründen ſchlechthin nicht eintreten kann [165]), wohin denn auch die zur Zeit der Teſtamentserrichtung bereits vereitelte Bedingung gehört [166]), macht die Erbeinſetzung nicht bedingt; ſie wird vielmehr bei dieſer, wie bei letzten Willensordnungen überhaupt, pro non adiecta gehalten, und demnach die Erbeinſetzung als unbedingte angeſehen [167]). Daſſelbe gilt von ſolchen Bedingungen, welche, wenn ſie giltig, dem Eingeſetzten geradezu einen Antrieb zu geſetzwidriger oder unſittlicher Handlung oder Unterlaſſung geben [168]), oder nur denſelben lächerlich zu machen, dienen würden (derisoriae) [169]); desgleichen von verſchiedenen anderen Bedingungen, welche zwar nicht auf die Beförderung von etwas an ſich Verwerflichem oder Unerlaubtem abzwecken, von welchen aber gleichwohl einen Rechtserwerb und insbeſondere eine letztwillige Zuwendung abhängig zu machen aus ſittlichen oder politi-

---

161) L. 10. §. 1. D. h. t. L. 16. D. de iniusto test. (28. 3.)

162) L. 12. D. h. t. L. 69. D. de hered. instit.

163) L. 50. §. 1. D. de hered. instit.

164) Arg. L. 79. §. 1. D. de cond. et dem. Vgl. Note 137. Aus dieſem Geſichtspunkte mag ſich auch L. 13. D. quando dies. (36. 2.) erklären.

165) L. 137. §. 6. D. de V. O. Vergl. Arndts, Beiträge, S. 164—172. Savigny, Syſtem, Bd. 3, S. 157 flg.

166) L. 6. §. 1. D. de cond. et dem.

167) §. 10. J. h. t. L. 1. 6. D. h. t. L. 45. D. de hered. instit. L. 3. D. de cond. et dem.

168) L. 9. 14. 15. D. h. t. Paulli sent. III. 4 B. §. 2.

169) L. 14. D. cit.

schen Gründen für unpassend und unzulässig angesehen wird [170]), wohin namentlich die auf Hinderung der Verheurathung abzweckenden Bedingungen gehören [171]), und die Bedingung beständigen Aufenthaltes an einem bestimmten Orte [172]). Etwas Besonderes aber ist durch das prätorische Edict festgesetzt in Ansehung der einer letztwilligen Verordnung hinzugefügten Bedingung eidlicher Angelobung einer künftigen Handlung oder Leistung. Hier wird die Ablegung dieses promissorischen Eides erlassen und die Verfügung kann als unbedingte auf prätorische Art geltend gemacht werden; so jedoch, daß die Erfüllung der Leistung als eines Modus verlangt werden kann, insofern dieselbe nicht ihrem Inhalte und Zwecke nach verwerflich erscheint [173]).

Einige ihres Inhaltes wegen für verwerflich erklärte Bedingungen hingegen gibt es, welche nicht als unwirksam außer Acht gelassen werden, sondern vielmehr Nichtigkeit der letztwilligen Verfügung bewirken, der sie hinzugefügt sind. Nach älterem Rechte nämlich waren alle diejenigen letztwilligen Zuwendungen ungiltig, durch welche nur einem Anderen zur Strafe für einen gewissen Fall etwas entzogen werden sollte (poenae nomine relicta). Man ging dabei von der Ansicht aus, daß der letztwilligen Gabe ein freies Wohlwollen gegen den Honorirten zum Grunde liegen müsse, und derjenige nicht in Wahrheit honorirt sei, der gewissermaßen nur als Mittel, einen Anderen zu strafen, gebraucht werde [174]). Aus diesem Grunde wurde denn auch die Ernennung eines Miterben für nichtig gehalten, wenn sie nur den Zweck hatte, einem anderen eingesetzten Erben, für den Fall, daß er etwas dem Willen des Testators zuwider

---

170) Vgl. Arndts a. a. O. S. 179—181, vgl. mit S. 172—179. Sie werden mit den vorgenannten als unsittliche Bedingungen passend zusammengestellt von Savigny a. a. O. S. 122, 123.

171) Die Bedingung: si non nupserit oder uxorem duxerit. L. 22. 28. pr. 63. 64. 72. §. 4. D. de cond. et dem., ausgenommen im Falle der Nov. 22. cap. 44. (Note 157), cf. Cod. de indicta viduitate. (6. 40.)

172) L. 71. §. 2. D. de cond. et dem. — Vgl. überhaupt noch den Art. Bedingung in Bd. 1, S. 766—769. Die gewöhnliche Behauptung übrigens, daß die Bedingung, „wenn der Honorirte seine Confession ändern oder nicht ändern werde," als unsittliche verwerflich sei, ist in ihrer Allgemeinheit gewiß ungegründet. Sollte es ungiltig sein, dem Sohne, dem der reiche Vater Entziehung aller Unterstützung und Beschränkung auf den Pflichttheil droht, wenn er der gewonnenen Ueberzeugung folgend zu einer anderen Kirche sich bekenne, für diesen Fall des Uebertrittes etwas zu vermachen? Uns scheint diese Frage überhaupt noch keineswegs befriedigend behandelt worden von Sell, Versuche, Bd. 2, S. 142, noch von Mühlenbruch a. a. O. S. 104—106. Vgl. Vangerow, Leitf. Bd. 1, S. 110.

173) L. 8. D. h. t. cf. L. 20. 26. pr. D. de cond. et dem. L. 29. §. 2. D. de testam. milit. (29. 1.) L. 63. §. 9. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) Sehr ungenau ist, was darüber Bd. 1, S. 767, bemerkt worden. Vergl. vorzüglich Savigny a. a. O. S. 185—190, und Huschke, in der Zeitschr. für Civilrecht u. Proz. Bd. 14, H. 12, S. 334—416.

174) Ulp. XXIV. 17. Cai. II. 235. 236. 288. Cf. tit. Dig. de his quae poenae causa relinquuntur. (34. 6.)

thue oder unterlasse, einen Theil der Erbschaft zu entziehen[175]). Durch eine Justinianische Verordnung ist nun zwar diese Beschränkung im Allgemeinen aufgehoben[176]). Indessen ist doch dieses davon übrig geblieben, daß die Erbeinsetzung wie das Vermächtniß ungiltig ist, wenn einem Anderen dadurch eine Beschränkung angedroht wird für den Fall, daß er etwas Unmögliches oder Gesetzwidriges und Unsittliches nicht thun werde[177]). Außerdem machen auch captatorische Bedingungen die Erbeinsetzung ungiltig, d. i. solche, welche die gegenwärtige Disposition davon abhängig machen sollen, daß künftig auch zu Gunsten des Testators oder eines Dritten durch den Eingesetzten oder auch einen bestimmten Anderen eine letztwillige Verfügung getroffen werde[178]). Solche captatorische Dispositionen sind durch einen Senatsbeschluß allgemein für nichtig erklärt worden, wegen Gefahr des Mißbrauches derselben zu trügerischer Erbschleicherei, ohne Rücksicht darauf, ob im einzelnen Falle eine solche schändliche Absicht dabei zum Grunde liege[179]). Daß aber auch die einer captatorischen Disposition entsprechende Erbeinsetzung oder sonstige Verfügung ungiltig sei, ist zwar wohl von einzelnen Schriftstellern behauptet worden, wird jedoch mit Recht von den meisten als ungegründet verworfen[180]).

---

175) Cai. II. 243: Non immerito quibusdam placeat poenae nomine heredem institui non posse. §. 36. J. de legat. (2. 20.) Nec heredem poenae nomine adiici posse Sabinus existimabat.

176) L. un. Cod. de his quae poenae nom. (6. 41.) §. 36. J. l. c.

177) L. un. cit. in f.: Quodsi aliquid facere vel legibus interdictum vel alias probrosum vel etiam impossibile iussus aliquis eorum fuerit, tunc sine ullo damno etiam neglecto testatoris praecepto servabitur. §. 36. cit. in f. Darnach ist interpolirt L. 1. D. h. t.: Illicite vel probrose ... talem poenam. Im Falle einer in der Bedingung liegenden gesetzwidrigen oder unsittlichen Auflage ließe sich die Ungiltigkeit der Verfügung, nicht blos der Bedingung, schon aus allgemeinen Gründen wohl behaupten, wegen ihrer unsittlichen Tendenz. Im Falle einer unmöglichen Auflage (si heres impossibile quid non fecerit) müßte man der Regel nach die Bedingung als nothwendige für sofort erfüllt und die Verfügung selbst als unbedingte betrachten, wenn nicht L. un. cit. ein Anderes mit sich brächte. Arndts a. a. O. S. 172, Note 13, S. 177. Savigny a. a. O. S. 202.

178) L. 70. D. de hered. instit.: Captatorias institutiones, quarum conditio confertur ad secretum alienae voluntatis. Cf. L. 71. §. 1. D. ibid. L. 1. in f. D. de his, quae pro non scriptis. (34. 8.) Anders wenn in praeteritum, non in futurum institutio collata est. L. 71. pr. L. 81. §. 1. D. de hered. instit. L. 20. §. 2. D. de cond. institut.

179) L. 70. L. 1. in f. cit., auch in Soldatentestamenten. L. 11. Cod. de test. milit.

180) Die gemeine Meinung ist insbesondere gegen Bynkershoek, de captat. institut. §. X. (opp. tom. I. p. 370) vertheidigt von Thibaut, Versuche, Bd. 1, H. 4. Jenem pflichtet aber bei Mühlenbruch, Lehrb. §. 649, Note 9, der sich jedoch in den Erläuter. Bd. 40, S. 227, vielmehr zu der Meinung neigt, daß dem Captans die Erbschaft als indignus zu entziehen sei. Dieß ist aber nirgendwo gesagt, und bloße Analogien genügen nicht; ganz unzulässig aber ist es, aus L. 1. pr. D. si quis aliquem testari prohib. (29. 6.) den Satz abzuleiten, daß überhaupt das captare hereditatem mit jener Folge bedroht sei, indem man aus dem Vordersatze nur die Worte dum captat hereditatem nimmt, ohne die nähere Bestimmung legitimam vel ex testamento, sc. antea facto, etc. Das Richtige deutet an Wangerow, Bd. 2, S. 123.

Gewisse Erbeinsetzungen endlich können gesetzlich überhaupt nicht an Bedingungen, außer rein potestativen, geknüpft werden, und da bewirkt denn wieder, einem allgemeinen Grundsatze gemäß [181]), die Hinzufügung derselben völlige Nichtigkeit der Einsetzung [182]). Und allgemein unzulässig, außer in Soldatentestamenten [183]), ist die Hinzufügung einer Resolutivbedingung bei der Erbeinsetzung. Die Erbeinsetzung selbst ist hier unbedingt, wie es in der Natur einer Resolutivbedingung liegt; die Nebenbestimmung aber, wornach die einmal wirksam gewordene Erbeinsetzung, also das dadurch begründete Erbverhältniß nur bis zum Eintritte eines bestimmten Ereignisses bestehen und dann aufgelöst werden soll, ist als widerstreitend dem Grundsatze: semel heres semper heres, eben so nichtig, wie die Beschränkung der Dauer bis zu einem bestimmten Tage [184]). Von Manchen ist zwar behauptet worden, eine den Worten nach als Resolutivbedingung erscheinende Nebenbestimmung der Erbeinsetzung müsse stets als entgegengesetzte Suspensivbedingung aufgefaßt werden [185]). Allein obwohl man zugeben muß, daß im einzelnen Falle wohl die Absicht, Jemanden bedingt einzusetzen, klar erkennbar sein könne, wo scheinbar eine Resolutivbedingung vorliegt, und daß dann diese Absicht auch befolgt werden müsse, so kann doch nicht die Verwandlung einer wirklich beabsichtigten Resolutivbedingung in die entgegengesetzte Suspensivbedingung gestattet sein. Die Gründe, welche man für jene Behauptung anführt, beruhen auf gänzlich unpassender Benutzung verschiedener Pandektenstellen, welche von bedingter Zurücknahme unbedingt gegebener Vermächtnisse, keineswegs von Ertheilung von Vermächtnissen unter Hinzufügung einer Resolutivbedingung reden [186]).

b) Zeitbestimmungen. Diese sind in der Regel bei Erbeinsetzungen unwirksam, sowohl der sogenannte dies ex quo wie der dies ad quem; er wird pro non adiecto gehalten [187]), insofern er nicht eine Bedingung in sich schließt (dies incertus) [188]). Von dieser Regel gilt aber eine Ausnahme bei Soldatentestamenten [189]). Es kann endlich

---

181) L. 77. D. de reg. iur.

182) So bei der Einsetzung des suus heres, vgl. den Art. Enterbung und Notherben; aber nur civilrechtlich, nicht nach prätorischem Rechte. L. 2. §. 1. D. de b. p. sec. tab. L. 3. §. 13. D. de b. p. contra tab.

183) L. 15. §. 4. D. de testam. milit.: Ad tempus ... vel in conditionem.

184) Arg. L. 15. §. 4. cit. L. 88. D. de hered. instit.

185) Wening-Ingenheim, im Archiv für civ. Prax. Bd. 1, H. 9. Zimmern, das. Bd. 7, H. 7. Mayer, Erbr. Bd. 1, §. 20, Note 5.

186) L. 10. 14. D. de adim. legat. (34. 4.) L. 107. D. de cond. et dem. L. 6. D. quando dies. Allerdings, wenn der Testator den Titius zum Erben eingesetzt hat und dann später sagt: Titius, si ... aliquid factum non fuerit, exheres esto, so ist er auch quasi sub contraria conditione instituirt, ademta sub conditione hereditate. Vgl. Thibaut, im Arch. Bd. 5, H. 13, und Bd. 7, H. 19. Wangerow, Bd. 2, S. 112—114. Mühlenbruch, Bd. 40, S. 190—193.

187) §. 9. J. de hered. instit. L. 34. D. eodem.

188) L. 75. D. de cond. et dem. cf. L. 23. pr. D. de hered. instit.

189) L. 15. §. 4. L. 41. pr. D. de testam. milit. (29. 1.)

c) auch ein Modus der Erbeinſetzung hinzugefügt werden. Bezweckt eine Auflage, die dem Erben gemacht wird, geradezu den Vortheil eines beſtimmten Dritten, ſo iſt darin für dieſen ein Vermächtniß enthalten und die Verfügung nach den Regeln der Vermächtniſſe wirkſam [190]). Aber auch andere Auflagen ſind möglich dergeſtalt, daß deren Erfüllung erwirkt werden kann, ohne daß dadurch der Erwerb der Erbſchaft eigentlich bedingt wird. Vorerſt kann der Teſtator einen indirecten Zwang zur Erfüllung ausüben, indem er für den Fall des Ungehorſams eine Mulcta androht[191]), oder auch, was nach Juſtinianiſchem Rechte möglich iſt, zur Strafe dem Ungehorſamen etwas auferlegt zu Gunſten eines Dritten[192]). Außerdem können die Miterben durch das iudicium familiae erciscundae die Erfüllung der Auflage betreiben[193]); und in Ermangelung anderer Zwangsmittel kann endlich der Erbe auch durch obrigkeitliches Einſchreiten extra ordinem zur Erfüllung angehalten werden[194]), namentlich dadurch, daß ihm die wirkſame Geltendmachung ſeines Erbrechtes entzogen wird[195]); überall vorausgeſetzt, daß die Auflage nichts Unmögliches, Unerlaubtes oder Unanſtändiges vom Erben verlange[196]).

So viel von der Erbeinſetzung im Allgemeinen. Ueber einige beſondere Arten der Erbeinſetzung vgl. den Art. Subſtitution (Vulgarſubſtitution, Pupillarſubſtitution, Quaſipupillarſubſtitution). Arndts.

**Erbloſes Gut** [1]) heißt in der Kunſtſprache der heutigen Rechtsgelehrten eine Erbſchaft, zu welcher ſich weder ein civilrechtlicher noch prätoriſcher Teſtaments- oder Inteſtaterbe gefunden hat, und von der es ge-

---

190) L. 2. Cod. de his quae sub modo. (6. 15.)

191) L. 6. pr. L. 27. D. de cond. et dem.

192) Vgl. Note 173—177.

193) L. 18. §. 2. L. 44. in f. D. fam. ercisc. (10. 2.) L. 7. D. de annuis legatis. (33. 1.)

194) L. 50. §. 1. D. de hered. pet. (5. 3.) L. 7. D. cit.

195) L. 8. §. 6. D. de cond. et dem.

196) L. 7. D. cit. in f. — Vgl. übrigens Savigny, Syſtem, Bd. 3, S. 227, 233, 236. Mühlenbruch a. a. O. S. 268—272.

1) Literatur. Unter den neueren hierher gehörigen Schriften verdienen namentlich folgende Erwähnung: Glück, hermeneutiſch-ſyſtematiſche Erörterung der Lehre von der Inteſtaterbfolge (2. Ausgabe), §. 206—210, S. 766—777. Blume, über das Recht des Fiscus an erbloſen und confiscirten Gütern, im rheiniſchen Muſeum für Jurisprudenz, Bd. 4, S. 212—224. Buchholtz, haftet der Fiscus über den Vermögensbetrag Jemandes, der ohne ſonſtige Erben ſtarb? in deſſen juriſtiſchen Abhandlungen aus dem Gebiete des heutigen römiſchen Rechtes (Königsberg 1833), Nr. 4, S. 106—111. Elvers, praktiſche Arbeiten (Roſtock 1836), S. 42 flg. Schmidt, de successione fisci in bona vacantia ex iure Romano. Jenae 1836, 8. Schröter, zu der Lehre von den bona vacantia, in Linde's Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 10, Nr. 3, S. 89—140. Einige gute Bemerkungen über dieſe Lehre enthält auch die anonyme Recenſion der zwei zuletzt genannten Schriften in Richter's kritiſchen Jahrbüchern für teutſche Rechtswiſſenſchaft, Jahrgang 1837, S. 309 — 321.

wiß iſt, daß ſich auch kein ſolcher dazu finden werde [2]). In den römiſchen Rechtsquellen wird es bald mit dem Ausdrucke vacantia bona [3]) bezeichnet, bald caduca bona [4]) bezeichnet; auch finden ſich beide Ausdrücke zur Bezeichnung der Sache verbunden [5]). Die Erforderniſſe des Begriffes [6]) im Einzelnen ſind folgende. 1) Es muß eine hereditas im Sinne des römiſchen Rechtes da ſein. Daher leidet der Begriff weder auf den Nachlaß der Peregrinen, noch auf die Güter der Juniſchen Latinen und der Dediticii Anwendung. 2) Der Erblaſſer muß im Sinne des römiſchen Rechtes als intestatus verſtorben ſein, unter welche Kategorie natürlich auch der Fall des deſtituirten Teſtamentes zu rechnen iſt. 3) Es dürfen zu dem Nachlaſſe auch keine geſetzlichen Erben (ohne Unterſchied, ob es civile oder prätoriſche Erben ſind) vorhanden ſein [7]), 4) auch nicht der Succeſſionsfall gewiſſer Corporationen vorliegen, welchen die römiſchen Kaiſer ein Recht an den Gütern des Verſtorbenen vor dem Fiscus eingeräumt haben [8]). 5) Das vorliegende Erbgut muß mehr Activa als Paſſiva enthalten [9]). In der älteren Zeit hatte man dieß Erforderniß weniger hervorgehoben, da das Juliſche Geſetz erbloſes Gut dem Volke indiſtincte zuſprach; allein ein von Calliſtratus [10]) erwähntes edictum perpetuum, welches verordnet hat, daß über inſolvente Vermögen der Concurs mit Ausſchluß der Staatscaſſe eröffnet werden ſollte, hat zur Aufſtellung dieſes Erforderniſſes Veranlaſſung gegeben [11]). — Die Geſchichte ſolcher Güter betreffend, ſo galten dieſelben in älteren Zeiten für herrenlos, konnten von jedem Einzelnen eigenmächtig occupirt und durch Uſucapion erworben werden [12]). Nach einer Verordnung der lex Julia,

2) L. 1. pr. D. de successorio edicto. (38. 9.) L. 2. D. ibid. L. 95. §. 1. D. de legatis I. (30.) L. 4. C. de bonis vacantibus. (10. 10.) Theoph. par. inst. II. 6. §. 10, ferner III. 11. §. 4, vergl. mit L. 50. pr. D. de manumissis testamento. (40. 4.) L. 1. §. 20. D. de fideicomm. libertatibus. (40. 5.)

3) S. die in Note 2 angeführten Stellen. Vor der lex Julia findet ſich dieſer Ausdruck nicht.

4) L. 30. C. Th. de petitionibus (10. 10.), vergl. mit L. 4. C. Just. 10. 10.

5) Vgl. Schröter a. a. O. Th. 10, S. 92, Note 1.

6) Am gründlichſten iſt hier Schmidt l. c. p. 21—29.

7) Ulp. fr. 28. §. 7. L. 1. §. 2. D. de iure fisci. (49. 14.) L. 1. C. Just. 10. 10. L. 4. C. ibid. Vgl. L. 1. pr. D. de successorio edicto. (38. 9.)

8) Tit. C. Just. de hereditatibus decurionum, naviculariorum, cohortalium, militum et fabricensium. (6. 61.) L. 6. §. 7. D. de iniusto, rupto. (28. 3.)

9) L. 11. D. de iure fisci (49. 14.) L. 1. §. 1. D. ibid.

10) L. 1. §. 1. D. 49. 14.

11) L. 1. §. 20. D. 40. 5. L. 4. §. 17 u. 20. D. ibid. L. 6. §. 3. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.)

12) Caius, inst. II. §. 52—57, vergl. mit Cic., de legibus II. 19. S. Savigny, über die sacra privata der Römer, in der Zeitſchrift für geſchichtliche Rechtswiſſenſchaft, Bd. 2, S. 273, und Heimbach, comm. de sacrorum privatorum mortui continuandorum apud Romanos necessitate. Lips. 1827.

welche deßhalb wohl auch den Beinamen caducaria erhalten hat, fielen dieſelben der Volkscaſſe, dem populus zu [13]), und zwar ſtellte bereits Labeo die Anſicht auf, daß dieſer Erwerb ohne Weiteres (ipso iure) geſchehe [14]). Seitdem indeß der Grundſatz durch ein prätoriſches Edict aufkam, daß über inſolvente Vermögen Concurs eröffnet werden ſollte [15]), ſtellte ſich durch die Doctrin der ſchon zur Zeit der claſſiſchen Juriſten anerkannte Grundſatz heraus, die Volkscaſſe dürfe die ihr angefallenen Güter nur dann vindiciren, wenn ſie ſolvent ſeien, ſonſt müſſe Concurs über ſie eröffnet werden [16]), und man kam durch die Vergleichung der bonorum possessio und der dabei gewöhnlichen Ausdrücke dahin, daß man der Volkscaſſe das Wahlrecht zwiſchen der Annahme und Ausſchlagung der ihr zugefallenen Güter zugeſtand [17]), und in dieſer Beziehung von einem agnoscere, admittere, oder spernere bona vacantia ſprach, wobei die Unwiderruflichkeit des einmal von der Aerarbehörde gefaßten Beſchluſſes ſtillſchweigend vorausgeſetzt wird [18]). An die Stelle der Volkscaſſe trat ſpäterhin, wahrſcheinlich ſeit den Zeiten von Caracalla [19]), deſſen Conſtitution alle Caduca dem Fiscus überwies, die kaiſerliche Caſſe, was um ſo leichter geſchehen konnte, da in dieſen Zeiten der ohnehin nur formelle Unterſchied beider Caſſen ſich allmälig verlor. Und in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern wird ganz allgemein vorausgeſetzt, daß nur der Fiscus ein Vindicationsrecht an den Vacantia habe [20]), und darnach ſind die Pandektenſtellen, welche urſprünglich von der Berechtigung des Aerars ſprechen, von den Pandektencompilatoren interpolirt worden [21]). — Fragt man nach der Art und Weiſe, in welcher die Gerechtſame dieſer Caſſe geltend gemacht wird, ſo tritt uns auch hier, wie bei den Ereptorien und Caduken das vindicari fisco entgegen [22]), und daß dieſe Vindication in der Form der Nuntiation eingeleitet wurde, bezeugen zahlreiche Zeugniſſe aus der claſſiſchen Zeit [23]), wobei denn natürlich wie gewöhnlich im Nun-

---

13) Caius, comm. II. §. 150. Ulp. fr. 28. 7. L. 96. §. 1. D. 30. (interpolirt).

14) L. 1. §. 1. D. 49. 14.

15) L. 1. §. 1. D. 49. 14. Caius, inst. III. §. 78. §. 4. J. de bonorum possessionibus. (3. 9.) L. 1. pr. D. de successorio edicto. (38. 9.) L. 50. pr. D. de manumissis testamento. (40. 4.) L. 8. §. 1. D. qui test. facere possunt. (28. 1.) L. 70. pr. D. de adquir. vel omitt. hered. (29. 2.)

16) L. 1. pr. D. 38. 9.

17) L. 6. §. 3. D. 36. 1. L. 4. §. 17, 19 u. 20. D. 40. 5. §. 1. J. de eo, cui libertatis causa. (3. 10.) Nov. 1. cap. 1. §. 1.

18) L. 4. §. 20. D. 40. 5.

19) Ulp. fr. 17. 3.

20) L. 1. C. 10. 10. (Diocletian.) L. 4. C. ibid. (Honorius und Theodoſius.) L. 5. C. ibid. (Theodoſius u. Valentinian.) Nov. Just. 1. cap. 1.

21) Am deutlichſten iſt die Interpolation in L. 96. §. 1. D. 30. (Julian.) L. 13. pr. D. 49. 14. (Ulpian.) Vgl. Heineccius, comm. ad legem Juliam et Papiam Poppaeam lib. III. cap. 5. §. 2. p. 401 sq.

22) Z. B. L. 20. §. 7. D. de hereditatis petitione. (5. 3.) L. 6. §. 3. D. 36. 1. L. 1. C. Just. 10. 10.

23) L. 1. §. 2. D. 49. 14. L. 18. D. de usurpationibus et usucapionibus. (41. 3.)

tiationsprozeſſe der Nuntiant als Vertreter des Fiscus auftrat, und die Wahrheit ſeiner Behauptung dem Beſitzer gegenüber zu erweiſen hatte. Die Beſitznahme ſolcher Güter von Seiten des Fiscus wird in den römiſchen Rechtsquellen als ein occupari bezeichnet[24]), was man doch wohl nur mit Unrecht auf die unter den Erwerbungsarten des Eigenthums vorkommende Occupation bezogen hat[25]), da der Kunſtausdruck auch bei den übrigen dem Fiscus verfallenen Gütern gebraucht wird, wo von einer bloßen Beſitznahme derſelben die Rede ſein kann[26]). Ueber das Verfahren bei der Einverleibung ſolcher Güter in den Fiscus (incorporatio)[27]) finden ſich in den Juſtinianiſchen Rechtsquellen folgende Vorſchriften vor. Die Fiscalbehörde ſoll den dem Fiscus verfallenen Sachen tituli anlegen, auch über den Beſtand der Sachen ein genaues Inventar errichten. So die Kaiſer Valentinian, Valens und Gratian[28]). Eine ſpätere Conſtitution von Theodoſius und Valentinian[29]) regulirt insbeſondere die der Incorporation vorausgehenden Cautelen. Nach der Nuntiation ſollen nämlich ausgewählte und vereidete Palatinen von der Fiscalbehörde ausgeſchickt werden, auf deren Anſuchen der Präſes Provinciä mit dem Fiscaladvocaten unterſuchen ſoll, weſſen Gut erblos geworden, wie groß und von welcher Beſchaffenheit daſſelbe ſei; zugleich ſollen von demſelben Veranſtaltungen getroffen werden, daß Jeder, welcher ein Eigenthumsrecht oder einen rechtlichen Beſitz an demſelben geltend machen wolle, dieß binnen einer gewiſſen Zeitfriſt thun könne, und erſt dann, wenn es theils aus ſeiner eigenen Relation, theils aus den beigefügten Protokollen gewiß iſt, daß das Erbgut dem Fiscus verfallen, dann ſolle die Incorporation, aber erſt auf ſpeciellen Befehl des Kaiſers, in der gewöhnlichen Form vor ſich gehen. Eine Verordnung, welche manche neuere Rechtsgelehrten nur auf unhiſtoriſchem Wege ſo ausgelegt haben, als dürfe der Fiscus nach ihr den Nachlaß nur cum inventario antreten, und hafte daher für die Schulden nur bis zu dem Belaufe der inventirten Maſſe[30]).— Fragt man ferner, in welcher Weiſe der Fiscus das erbloſe Gut übernehme, ſo tritt uns hier eine Controverſe entgegen, welche namentlich in der neueren Zeit mit großem Erfolge bearbeitet worden iſt[31]). Die ältere, bereits den Gloſſatoren geläufige Anſicht betrachtet den Fiscus als Univerſalſuc-

---

24) L. 2. u. 5. C. Th. de bonis vacantibus. (10. 8.) L. 11. C. Th. de petitionibus. (10. 10.) L. 1. C. Just. de donationibus inter virum et uxorem. (5. 16.) L. 5. C. Just. de bon. vacant. (10. 10.)

25) So Blume, im rheiniſchen Muſeum für Jurisprudenz, Bd. 4, S. 215, 216.

26) L. 48. §. 1. D. de iure fisci. (49. 14.) L. 1. C. Th. de iure fisci. (10. 1.) Vgl. Schröter a. a. O. Th. 10, S. 136.

27) L. 3. C. Just. 10. 10.

28) L. 3. C. J. 10. 10.

29) L. 5. C. J. 10. 10. Vgl. dazu Schmidt l. c. p. 34—39. Ueber frühere Verordnungen (L. 11. C. Th. 10. 10.) vergl. Schröter a. a. O. Th. 10, S. 115—119.

30) Vgl. dagegen Schröter a. a. O. Th. 10, S. 118.

31) Die Geſchichte dieſer Controverſe entwickelt Schmidt l. c. p. 46. Schröter a. a. O. Th. 10, S. 96—98.

ceſſor in die erbloſen Güter[32]). Die Gloſſe bezeichnet ihn zwar nur geradezu als Erbe (heres), aber ſpätere Rechtsgelehrte erinnerten, daß er nicht geradezu als ſolcher betrachtet werden könne, ſondern nur heredis loco ſei[33]). Dagegen vertheidigte Blume[34]) die Anſicht, daß der Fiscus in die erbloſen Güter iure occupationis, mithin als Singularſucceſſor eintrete, wozu ihn theils der Umſtand, daß vom Fiscus in unſern Rechtsquellen nie geſagt werde, er ſei heres oder aber heredis loco, theils der Sprachgebrauch der ſpäteren Kaiſer, welche dem Fiscus ein occupare bona in dieſem Falle zuſchreiben, veranlaßt hat. Allein die ältere Anſicht von der Univerſalſucceſſion des Fiscus in erbloſes Gut nahmen wieder Schröter[35]) und Schmidt[36]) auf, und ſeit dieſer Zeit kann es wohl als allgemein anerkannt gelten, daß von einer Singularſucceſſion des Fiscus nicht mehr die Rede iſt. Die Beweiſe für dieſe Anſicht liegen in folgenden Umſtänden zu Tage: daß dem Fiscus zur Geltendmachung ſeines Rechtes auf die bona vacantia die hereditatis petitio eingeräumt wird[37]); daß ferner der Fiscus nicht allein in die Obligationen des Erblaſſers[38]), ſondern auch in deſſen Schulden eintritt[39]), und daß er die ihm ſo angefallene Erbſchaft an Dritte verkauft mit der Wirkung, daß der Käufer prätoriſcher Univerſalſucceſſor wird, wie der Fideicommiſſar in Folge der nach der Vorſchrift des SC. Trebellianum gemachten Reſtitution[40]). Von welcher Art dieſe Univerſalſucceſſion ſei, iſt freilich in unſeren Rechtsquellen eines Weiteren nicht angegeben. Zwar iſt ſo viel gewiß, daß Cajus[41]) ihn zu den alii iusti successores außer dem heres und bonorum possessor rechnet; daß aber dieſer Ausdruck nicht auf eine dem Civilrechte entnommene Succeſſion gedeutet werden darf, ergibt ſich theils daraus, daß die dem Fiscus im vorliegenden Falle geſtattete hereditatis petitio nur eine utilis actio ſein kann, da die directe Klage dem heres gebührt, theils daraus, daß die Univerſalſucceſſion deſſen, welcher den Nachlaß vom Fiscus kauft, der Succeſſion aus dem SC. Trebellianum, welche doch unbeſtreitbar zu den prätori-

---

32) Ad const. 1. Cod. de her. decur. (6. 62.) u. ad const. 10. Cod. de inoff. test. (3. 28.)

33) So Maier, Abhandlung von der Succeſſion des Fiscus (Ulm 1786), §. 17. Glück, Inteſtaterbfolge (2. Aufl.), §. 206.

34) Rhein. Muſeum für Jurisprudenz, Jahrg. 4, Heft 2, S. 212—221.

35) A. a. O. Th. 10, S. 89—140.

36) L. c. p. 93—98.

37) L. 20. §. 7. D. de hered. petit. (5. 3.)

38) L. 1. C. de donat. int. vir. et uxor. (5. 16.) Auch ſetzt die Lehre von dem Verkaufe erbloſer Güter von Seiten des Fiscus an Dritte dieß voraus. L. 13. §. 9. D. 5. 3. L. 54. pr. D. ibid. Vgl. L. 37. D. de adquir. vel omitt. hereditate. (29. 2.)

39) L. 4. §. 19. D. de fideicomm. hereditat. (40. 5.)

40) L. 13. §. 9. D. 5. 3. L. 54. pr. D. ibid. L. 41. D. 49. 14. L. 1. C. de hereditate vel actione vendita. (4. 39.)

41) Caius, inst. III. §. 78. Vergl. Schröter a. a. O. Th. 10 S. 103.

ſchen Succeſſionen gehört, in einer Pandektenſtelle gleichgeſtellt wird [42]). Auch kann gegen die Anſicht, daß der Fiscus prätoriſcher Univerſalſucceſſor ſei, nicht das Bedenken geltend gemacht werden, daß dieſe Succeſſion auf einer civilen Rechtsquelle, der **lex Julia**, beruhe, da es namentlich für die ſpäteren Zeiten nicht an Beiſpielen civiler Quellen fehlt, welche prätoriſche Univerſalſucceſſionen eingeführt haben, wie die **bonorum possessio quibus ex legibus** und die Univerſalſucceſſion des Fideicommiſſars **ex SC. Trebelliano**. — In Betreff der Auflagen, welche durch den Willen des Erblaſſers auf die Güter gelegt ſind, gilt es als allgemeine Regel, daß dieſelben von dem Fiscus anerkannt und entrichtet werden müſſen. Für den Fall, daß der ohne Teſtament verſtorbene Erblaſſer wußte, daß ſeine Güter an den Fiscus kommen würden, iſt ihm die Befugniß, ihnen Fideicommiſſe aufzuerlegen, ganz unumſchränkt eingeräumt worden [43]). Auch in anderen Fällen hat der Fiscus nach der Regel **caduca cum suo onere fiunt** [44]) die Legate und Fideicommiſſe zu agnoſciren, welche auf den ihm zukommenden Erbtheil gelegt worden ſind [45]); namentlich iſt er auch verpflichtet, die in einem deſtituirten Teſtamente ertheilte Freiheit gelten zu laſſen, ohne daß es zur Aufrechterhaltung derſelben der Codicillarclauſel bedurfte [46]), und die auf die Erbſchaft gelegten Univerſalfideicommiſſe zu präſtiren, in welchem Falle ſogar ein Zwang zur Erwerbung des erbloſen Gutes nach den Vorſchriften des **SC. Pegasianum** gegen ihn eintreten kann [47]). Und daß auch an dieſen Regeln im neueſten Rechte nichts geändert worden, ergibt ſich ſchon daraus, daß Juſtinian [48]) an mehreren Orten die Grundſätze des älteren Rechtes auch für ſeine Zeiten beſtätigt. Einen Hauptgrund gegen die hier in Schutz genommene Meinung bilden zwar die Stellen, nach welchen der ganze Inhalt der deſtituirten Teſtamente ungiltig werden ſoll [49]); nach welchen die Inteſtaterben die in ungiltigen Teſtamenten errichteten Vermächtniſſe, außer wenn ſie beſonders darum gebeten worden, nicht zu entrichten brauchen [50]), oder die in denſelben ertheilten Freiheiten nur vermöge der Codicillarclauſel gelten ſollen [51]). Allein dieß ſind in der That nur allgemeine Grundſätze, welche durch die beſondere Stellung des Fis-

---

42) L. 54. pr. D. de hereditatis petitione. (5. 3.) Vergl. Schröter a. a. O. Th. 10, S. 136—137.

43) L. 114. §. 2. D. de leg. I. (30.)

44) Ulp. fr. 17. 3.

45) L. 60. §. 1. D. de condit. et demonstrat. (35. 1.) L. 14. D. 49. 14. L. 2. pr. u. §. 1. D. de alimentis et cibariis legatis. (34. 1.) L. 96. §. 1. D. 30.

46) L. 4. §. 17 u. 20. D. de fideicomm. libertat. (40. 5.) §. 1. J. de eo, cui libertatis causa. (3. 11.)

47) L. 6. §. 3. D. ad. SC. Trebell. (36. 1.) L. 2. §. 4. D. ibid.

48) L. un. §. 14. C. de caducis tollendis. (6. 50.) Nov. Just. 1. c. 1. §. 1 u. 3.

49) L. 9. D. de testam. tut. (26. 2.) L. 181. D. de R. I. (50. 17.) L. 14. C. de fideicommissis. (6. 42.)

50) L. 29. C. 6. 42.

51) L. 11. C. de testam. manumissione. (7. 2.)

cus zu den Vacantia ausgeſchloſſen werden. — Daß der Fiscus für die Erbſchaftsſchulden hafte, iſt bereits dageweſen. Nur ſo viel iſt ſtreitig, ob er auch über die Kräfte der Erbſchaft hinaus hafte oder nicht [52]). Nach der Meinung der Gloſſe [53]) können inſolvente Erbmaſſen dem Fiscus weder deferirt noch erworben werden; ähnlich iſt die Meinung Blume's [54]), welcher annimmt, daß der Fiscus durch Occupation aus den Erbgütern nur das erwerben könne, was nach Abzug der Erbſchaftsſchulden übrig bleibt, während Buchholtz [55]) gerade die entgegengeſetzte Meinung vertheidigt, daß der Fiscus auch über den Betrag der Erbſchaft hinaus hafte, gleich jedem anderen Inteſtaterben. Doch iſt anerkannt, daß die zuerſt genannten zwei Meinungen nur auf falſch verſtandenen Pandektenſtellen beruhen [56]); allein auch die für die letztere angezogene L. 5. C. de bonis vacantibus (10. 10.) dürfte wenig beweiſend ſein, da in derſelben unter dem dem Fiscus zugefügten Schaden eben ſo gut die Incorporationskoſten, als die Erbſchaftsſchulden verſtanden werden können. Indeſſen dürfte für ein unbeſchränktes Haften des Fiscus für die Erbſchaftsſchulden nicht allein die Natur der Univerſalſucceſſion beweiſen, ſondern auch der Umſtand, daß, wer erbloſes Gut vom Fiscus kauft, gleichfalls unbeſchränkt den Erbſchaftsgläubigern haftet [57]). Jedenfalls beruht es aber auf einem reinen Anachronismus, wenn Manche dieſe Meinung deßhalb anfechten, weil nach L. 3. C. 10. 10. bei der Uebernahme der Vacantia ein Inventar angefertigt werden ſolle, da ja die Rechtswohlthat des Inventars weit ſpäteren Urſprunges iſt (ſ. den Art. beneficium inventarii). Durch den Verkauf der Erbſchaft kann ſich der Fiscus von den Anſprüchen der Erbſchaftsgläubiger befreien, welche alsdann auf den Käufer übergehen [58]). — Das Recht des Fiscus an erbloſen Gütern wird durch den Ablauf eines Zeitraumes von vier Jahren aufgehoben. Dieſe Verjährung beruht wahrſcheinlich auf einer Verordnung des Antoninus Pius [59]), und wird auch von den ſpäteren Kaiſern [60]) als ein allgemein giltiges Rechtsinſtitut anerkannt. Ihrer Natur nach iſt ſie eine reine Klagenverjährung, durch welche nicht allein die Nuntiation erbloſer Güter an den Fiscus [61]), ſondern auch die Berechtigung des Fiscus

---

52) Die Literatur dieſer Controverſe behandelt Schmidt l. c. p. 67—77.

53) Glossa Acc. ad L. 1. §. 1. D. 49. 14.

54) Im rhein. Muſeum für Jurisprudenz, Bd. 4, S. 216.

55) In deſſen juriſtiſchen Abhandlungen, Nr. 4, S. 106—111.

56) L. 1. §. 1. D. 49. 14. L. 11. D. ibid. Vergl. über den wahren Sinn derſelben v. Schröter a. a. O. Th. 10, S. 108—112.

57) L. 41. D. 49. 14. L. 1. C. de hereditate vendita. (4. 39.)

58) L. 41. D. 49. 14. L. 1. C. de hereditate vel actione vend. (4. 39.)

59) L. 1. §. 2. D. 49. 14. L. 10. §. 1. D. de diversis temporal. praescript. (44. 3.)

60) Z. B. von Conſtantin L. 1. C. de quadriennii praescriptione. (10. 37.)

61) L. 10. §. 1. D. de diversis temporalibus praescriptionibus. (44. 3.)

auf den Erwerb bereits nuntiirter Güter ausgeschlossen wird [62]), wenn schon die meisten neueren Rechtsgelehrten, mit Ausnahme Schmidt's, sie nur auf den zuerst genannten Fall beschränken [63]). Die Frist wird nach den Regeln der continua tempora berechnet [64]), und läuft von dem Zeitpunkte an, wo es gewiß wird, daß zu der Erbschaft weder ein civiler noch ein prätorischer Erbe vorhanden sei, d. h. von dem Zeitpunkte an, wo die Destitution des Testamentes vollendet, die Intestaterbfolge von allen Berechtigten ausgeschlagen worden und die zur Erbittung der bonorum possessio vorgeschriebenen Fristen abgelaufen sind [65]). Sie wirkt nur gegen die hereditatis petitio des Fiscus, und kommt daher nur denen zu, welche das erbloſe Gut pro herede oder pro possessore besitzen [66]). Wer etwas durch einen singulären Erwerb, z. B. durch Kauf, aus dem vacanten Nachlasse erworben hat, bedarf der gewöhnlichen Eigenthumsersitzung, daher eines iusta causa und bona fide gemachten Erwerbes und des Ablaufes von je drei, zehn und zwanzig Jahren [67]); vorausgesetzt indeß, daß diese Güter dem Fiscus noch nicht angezeigt worden sind [68]). Auf den, welcher eine Erbschaftssache eigenmächtig, wenn schon ohne den Fehler der Gewalt oder Heimlichkeit, in Besitz genommen hat, kann diese Eigenthumsverjährung schon deßhalb nicht bezogen werden, weil er Besitzer im bösen Glauben ist [69]).

Aus dem Gesagten entscheidet sich auch die Controverse, welchem Fiscus die in verschiedenen Territorien belegenen Vacantia gebühren. Denn da die Berechtigung des Fiscus auf solche Güter in dem Wesen der Universalsuccession beruht, so kann sie nur dem Fiscus des Wohnortes deferirt werden, und die Beschaffenheit der einzelnen vacanten Sachen, ob sie beweglich sind oder nicht, dabei unmöglich in Betracht kommen [70]), obschon manche neuere Rechtsgelehrten zwischen diesen einen Unterschied machen und die beweglichen dem Fiscus des Wohnortes, die unbeweglichen dem Fiscus des Territorium, in welchem sie gelegen sind, zugesprechen wissen wollen, und noch andere behaupten, daß jeder Fiscus die in seinem Lande befindlichen Güter, ohne Unterschied, ob sie bewegliche oder unbewegliche sind, einzuziehen befugt sei [71]).

---

62) Darauf deutet nicht allein der Ausdruck vacantium bonorum nuntiationem quadriennio finiri in L. 1. §. 2. D. 49. 14., sondern auch besonders a fisco quaestionem post quadriennium continuum super bonis vacantibus inchoandam non esse in L. 1. C. 10. 37. Vergl. L. 1. §. 5. D. 49. 14. L. 10. pr. D. 44. 3. Vgl. Schmidt l. c. p. 88—90.

63) S. Finestres Hermogenianus p. 947. Westphal, Arten von Sachen, §. 755. Glück, Intestaterbfolge, §. 210.

64) L. 1. C. 10. 37.

65) L. 1. §. 2. D. 49. 14. L. 10. §. 1. D. 44. 3.

66) L. 6. §. 7. D. si quis omissa causa testamenti. (29. 4.)

67) §. 9. J. de usucapionibus. (2. 6.) L. 18. D. de usurpat. (41. 3.) Vgl. L. 37. §. 1. u. L. 38. D. ibid.

68) §. 9. J. 2. 6. L. 18. D. 41. 3.

69) L. 37. §. 1. L. 38. D. 41. 3.

70) Vgl. Glück, Intestaterbfolge, §. 208, und Schröter a. a. O. Th. 10, S. 138.

71) Vgl. die Literatur dieser Controverse bei Glück a. a. O. S. 770.

Schlägt der Fiscus die Vacantia aus, so tritt seit Marc Aurel zunächst die addictio libertatum conservandarum ein. Sonst werden die Gläubiger in die Güter mittirt und diese werden zur Befriedigung derselben verkauft. Da die Addiction jetzt wegfällt, so ist bei uns über die ausgeschlagenen Vacantia immer das gewöhnliche Concursverfahren zu eröffnen. Heimbach.

**Erbschaftstheilung** [1]). Das Verhältniß mehrerer civiler Miterben unter einander hatte schon das Zwölftafelgesetz einer genaueren Bestimmung für werth erachtet [2]). Nach demselben sollten die Außenstände der Erbschaft unter denselben nach Verhältniß ihres Erbantheiles ohne weiteres (ipso iure) getheilt sein [3]); ein Gleiches geschah mit den auf der Erbschaft ruhenden Schulden [4]), so daß die Erbschaftsgläubiger nicht Einen von den Miterben allein, sondern jeden derselben nach Verhältniß seines Erbtheiles ihrer Forderung halber zu verklagen hatten. Auch für die Auseinandersetzung der Miterben unter einander in Betreff der zur gemeinschaftlichen Erbschaft gehörigen Sachen hat dasselbe Gesetz eine besondere Klage eingeführt [5]), welche in der Kunstsprache der römischen Juristen schon zu Cicero's Zeiten [6]) familiae herciscundae heißt und die Aufhebung der erblichen Gemeinschaft durch die Theilung der übrigen Erbschaftssachen zum Gegenstande hat [7]). Diese Klage ward später durch das prätorische Edict und die Doctrin weiter ausgebildet und in ihrem Umfange genauer bestimmt, daher sich die im Justinianischen Rechte vorgetragenen Regeln über Erbschaftstheilung unmittelbar aus derselben entwickelt haben. Man unterscheidet in der Kunstsprache der heutigen Rechtsgelehrten die gerichtliche und außergerichtliche Erbtheilung. Jene ist eine solche, welche in Folge der Anstellung der Erbtheilungsklage durch ein förmliches Urtheil des Richters geschieht; jede andere ist für eine au-

---

1) Literatur: Voet, de familia erciscunda liber singularis. Colon. 1615. Strecker, diss. de actione familiae erciscundae. Erford. 1739. Westphal, System der Lehre von den einzelnen Vermächtnissen und der Erbtheilungsklage. Leipzig 1793, 8. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 11, S. 1—118.

2) Vgl. Dirksen, Zwölftafelfragmente, S. 389—397.

3) L. 6. C. familiae herciscundae. (3. 36.) L. 1. C. de exceptionibus. (8. 36.) L. 25. §. 9 u. 13. D. familiae herciscundae. (10. 2.) L. 2. C. si unus ex pluribus hered. (8. 32.)

4) L. 1. C. si certum petatur. (4. 2.) L. 10. C. de iure deliberandi. (6. 30.) L. 26. C. de pactis. (2. 3.) L. 7. C. de hereditariis actionibus. (4. 16.)

5) L. 1. pr. D. 10. 2.

6) Cic. de Orat. I. 56., pro Caec. 7. Der Name hängt mit dem uralten erctum citumque zusammen. Erctum bedeutet so viel als patrimonium; citum heißt divisum. Festus de V. S. sub voce erctum, Serv. ad Virgil. Aen. VIII. vs. 642. Gell. noct. Att. lib. 1. cap. 9. Bei Cic. de Orat. I. 56. steht auch erctum cieri. Vgl. Salmasius exerc. Plin. ad Solinum p. 891.

7) L. 7. D. si pars hered. (5. 4.) L. 25. §. 1. D. 10. 2. L. 51. §. 1. D. eodem.

ßergerichtliche zu halten. Den römischen Rechtsquellen ist die letztere nicht unbekannt, und es konnte zum Behufe derselben sogar ein arbiter von den Erben zugezogen werden [8]). Doch wird dadurch die Erbtheilungsklage nicht ausgeschlossen [9]), auch den Rechten der Erbschaftsgläubiger gegen die einzelnen Miterben in keiner Weise präjudicirt [10]). Eine solche Erbtheilung kann auch in den testamentarischen Verfügungen des Erblassers ihren Grund haben, welche dann, wenn es zur Theilungsklage kommt, der Theilungsrichter in Obacht zu nehmen hat. Demnach kann der Erblasser einen Erben im Testamente giltiger Weise auf bestimmte Sachen beschränken [11]), einzelne Erbschaftssachen einzelnen von den Miterben zutheilen und andere unvertheilt lassen [12]), gewisse Activa und Passiva einzelnen Erben zuschreiben [13]), wodurch allerdings das rechtliche Verhältniß der Erben zu den Gläubigern und Schuldnern der Erbschaft in keiner Weise geändert, wohl aber das Verhältniß der Miterben in der Masse regulirt wird, daß diese (unter Abzug der Falcidischen Quart) die Verfügungen des Erblassers anzuerkennen schuldig sind. Eine Anwendung dieser Grundsätze auf die Intestaterbfolge ist die sogenannte divisio parentum inter liberos [14]), wovon sich die ersten Spuren in einer Constitution der Kaiser Diocletian und Maximian vorfinden [15]). Die Erfordernisse derselben sind durch spätere Verordnungen Constantin's [16]) und Justinian's [17]) dahin genauer bestimmt worden, daß sie nur von den Eltern, welche ihre nächsten zur Intestaterbfolge berechtigten Descendenten berücksichtigen, errichtet werden könne, daß sie schriftlich errichtet werde, daß der Erblasser darin Alles klar und deutlich ausspreche, d. h. nicht allein die zu vertheilenden Sachen, sondern auch die Personen, unter welche sie vertheilt werden, genau bezeichne, und daß er diese Urkunde entweder selbst unterschreibe oder von allen Kindern unterschreiben lasse. Fehlt im letztgenannten Falle auch nur die Unterschrift eines einzigen Kindes, so ist die Urkunde ungiltig [18]). Dabei versteht es sich freilich von selbst, daß die Erbsachen vom Erblasser auch ungleich vertheilt werden können, natürlich mit Vorbehalt des Anspruches auf den Pflicht-

---

8) L. 57. D. 10. 2.
9) L. 1. C. familiae erciscundae. (3. 36.)
10) L. 26. C. de pactis. (2. 3.) L. 23. C. 3. 36.
11) L. 35. pr. §. 1. D. de heredibus instituendis. (28. 5.) L. 78. pr. D. ibid. L. 13. C. de heredibus instituendis. (6. 24.)
12) L. 21. C. 3. 36. L. 10. C. communia utriusque iudicii. (3. 38.)
13) L. 1. C. de except. (8. 36.) L. 20. §. 3. D. 10. 2. L. 69. §. 2. D. de legatis I. (30.)
14) Literatur: Wildvogel, comm. de divisione parentum inter liberos. Jenae 1748. Schröder, de privilegiatis parentum inter liberos dispositionibus (Jenae 1819), §. 19. Euler, comm. de testamento et divisione parentum inter liberos (Berol. 1820), §. 79 sq.
15) L. 16. C. 3. 36. Vergl. Fritz, Entwickelung der Lehre des Testamentes der Eltern unter Kindern (Gießen 1822), S. 19.
16) L. 26. C. 3. 36.
17) Nov. 18. cap. 7. und Nov. 117. cap. 3.
18) Nov. 18. c. 7.

theil [19]), bei dessen Verletzung die gewöhnlichen Klagen gegen die Miterben eintreten werden. Im Uebrigen wird Alles nach den Regeln der Intestaterbfolge geordnet [20]), und falls es zur gerichtlichen Erbtheilung kommen sollte, der Theilungsrichter angewiesen, die Bestimmungen der Division pünktlich in Obacht zu nehmen [21]). Eine derartige Urkunde wird ungiltig, wenn der Parens eine capitis deminutio erleidet, oder die Urkunde durchstreicht oder sonst vernichtet, endlich auch dadurch, daß derselbe eine andere Theilungsurkunde späterhin errichtet [22]). Um so mehr muß ein später errichtetes Testament dieselbe vernichten, da dieses die Intestaterbfolge, also die Voraussetzung, ohne welche eine solche Theilungsurkunde nicht gedacht werden kann, ausschließt. — Was aber zweitens die gerichtliche Erbtheilung anbelangt, so kann das Wesen derselben erst richtig verstanden werden, wenn man auf die Eigenthümlichkeiten der civilen familiae herciscundae actio zurückgeht. Diese ist höchst wahrscheinlich eine actio arbitraria, wie nicht allein das Zeugniß des Cicero [23]), sondern auch die der Pandektenjuristen [24]) und Kaiser [25]) erweisen, welche den Theilungsrichter gewöhnlich arbiter nennen; auch hier tritt hierzu noch der Umstand, daß gerade in Bezug auf diese Klage von einem iussus iudicis die Rede ist [26]), welcher bekanntlich nur den arbitrariae actiones eigenthümlich ist (s. den Art. actio). Die Formula der Klage enthielt zur Zeit der classischen Juristen ebenfalls die adiudicatio [27]), wodurch dem Theilungsrichter die Befugniß ertheilt wurde, das Eigenthum einzelner Erbschaftssachen einer von den Parteien durch sein Urtheil zuzusprechen [28]). Auch muß diese Formula die Worte ex fide bona enthalten haben, da die Klage zu den bonae fidei iudicia gezählt wird [29]). Endlich bedarf es noch einer Erwähnung, daß sie von den römischen Juristen zu den iudicia duplicia gezählt wird [30]). Die Voraussetzungen, unter welchen die Klage stattfindet, sind folgende. 1) Der Kläger muß Erbrecht haben, einerlei, ob dasselbe auf der civilrechtlichen Testaments- oder Intestaterbfolge beruht [31]). Auch bei prätorischen Successionen auf den Todesfall, bei der bonorum possessio, der Restitution eines Universalfideicommisses aus dem Trebellianischen Senatsbeschlusse findet die Klage statt [32]), dann aber nur als utilis actio [33]); ingleichen

19) Vgl. Euler l. c. §. 84. p. 90—93.
20) L. 26. C. 3. 36. Nov. 18. c. 7.
21) L. 15. C. 3. 36. Nov. 18. c. 7.
22) Vgl. Euler l. c. §. 89. p. 95 sq.
23) Pro Caecina cap. 7.
24) L. 30. D. 10. 2. L. 47. pr. L. 52. §. 2. L. 57. D. ibid.
25) L. 18. C. 3. 36. L. 21. C. ibid.
26) L. 7. D. si pars hereditatis. (5. 4.)
27) Caius, inst. IV. §. 42. Ulp. fr. 19. 16.
28) Anwendungen in L. 12. §. 2. D. 10. 2. L. 22. §. 1. L. 44. §. 1. L. 47. L. 52. §. 2.
29) L. 9. C. 3. 36. §. 28. J. de actionibus. (4. 6.)
30) L. 44. §. 4. D. 10. 2. L. 2. §. 3. D. ibid. L. 2. §. 1. D. communi dividundo. (10. 3.)
31) L. 2. §. 1. D. 10. 2.
32) L. 24. §. 1. D. 10. 2.
33) L. 40. D. 10. 2.

bei der Einforderung der einem arrogirten Unmündigen gebührenden Quart [34]). 2) Dieß Erbrecht muß von dem Beklagten bereits anerkannt worden sein. Fehlt dieß Erforderniß, so ist zu unterscheiden, ob der Kläger nach seinem Erbantheile Besitzer der Erbschaft ist oder nicht. Im ersten Falle steht ihm die exceptio praeiudicialis zur Seite, im letzten wird der Präjudicialpunkt des Erbrechtes in demselben Prozesse als Incidentpunkt behandelt, welcher zwar zunächst ausgemacht werden muß, nächstdem aber sogleich zur Entscheidung der Erbtheilungssache geschritten werden kann [35]). 3) Der Beklagte muß Miterbe des Klägers sein [36]). In der Anstellung der Klage liegt demnach ein Anerkenntniß des gegnerischen Miterbrechtes von Seiten des Klägers [37]). Um dieß Präjudiz zu vermeiden, steht es demnach einem Jeden frei, sein theilweises Erbrecht mit der partiaria hereditatis petitio geltend zu machen, und diese Klage ist sogar in manchen Fällen vorzuziehen, weil sie auch auf die Außenstände der Erbschaft gerichtet werden kann [38]). 4) Den Parteien muß ihr Erbrecht an einer und derselben Erbschaft zustehen; daher sie wegfällt, wenn Jemand den Einen für sein castrensisches Gut, den Anderen für den Ueberrest seiner Güter zu Erben ernannt hat [39]). 5) Die Erbschaft muß nicht in bloßen Außenständen bestehen [40]). Dieß Erforderniß ergibt sich aus der Natur der Klage, welche nur die Theilung solcher Sachen bezweckt, die nicht bereits durch das Gesetz unter die Miterben vertheilt sind. 6) Wer die Erbtheilungsklage anstellen will, muß die freie Verfügung über sein Vermögen haben; denn die Erbtheilung enthält in sich eine Art von Veräußerung des Miteigenthums am Ganzen gegen einen abgesonderten Theil [41]). Daher kann, wer unter Vormundschaft steht, nicht für sich allein auf Theilung provociren, wenigstens nicht ohne Einwilligung seines Vormundes, und, wenn unbewegliche Sachen sich in der Erbschaft vorfinden, bedarf es sogar des Decretes der Obrigkeit [42]). Von Seiten des Beklagten bedarf es dieses Erfordernisses nicht, da Jeder, welcher zur Theilung aufgefordert wird, auch gegen seinen Willen sich auf die Klage einzulassen hat, wenn er gleich noch unmündig oder minderjährig ist [43]). Daher bedarf es auch keines obrigkeitlichen Veräußerungsdecretes [44]), wohl aber der Einwilligung des Vormundes, im Falle der Minderjährigkeit des Beklagten, und nur wenn dieser mit keinem Vormunde versehen ist, so muß der Kläger zugleich um die Bestellung eines solchen bitten, falls der,

---

34) L. 2. §. 1. D. 10. 2.
35) L. 1. §. 1. D. 10. 2.
36) Caius, inst. IV. 42. Ulp. fr. 19. 16.
37) L. 51. §. 1. D. 10. 2. In L. 37. D. ibid. ist demnach den Basiliken (XLII. 3. 37. ed. Fabr. tom. V. p. 681) zufolge die Negation zu streichen.
38) L. 51. §. 1. D. 10. 2. L. 7. D. si pars hereditatis. (5. 4.)
39) L. 25. §. 1. D. 10. 2.
40) L. 25. §. 1. D. 10. 2.
41) L. 7. pr. D. de rebus eorum, qui. (27. 9.)
42) Arg. L. 17. C. de praediis et aliis rebus. (5. 71.)
43) L. 43. D. 10. 2.
44) L. 7. pr. D. de rebus eorum. (27. 9.) L. 17. C. 5. 71.

welchem zunächst die Pflicht dazu oblag, dieß unterlassen haben sollte[45]). Gleichgiltig ist aber bei der Anstellung der Klage, ob der Kläger im Besitz seines Erbantheiles sich befindet oder nicht[46]); ob die jetzigen Parteien die einzigen Erben zu der Erbschaft sind oder nicht[47]) (im letzteren Falle bleibt natürlich dem Berechtigten die Ausführung seines Erbrechtes gegen die jetzigen Parteien unbenommen)[48]); ob ferner nur eine, oder mehrere gemeinschaftliche Erbschaften getheilt werden sollen (im letzteren Falle kann sogar ein Dritter als Miterbe interessirt sein)[49]); endlich ob der Prozeß eine ganze noch ungetheilte Erbschaft, oder einen noch ungetheilten Theil derselben oder auch nur einzelne noch zu vertheilende Stücke betrifft[50]). Die Klage geht auf Theilung des erbschaftlichen Vermögens, so weit es gemeinschaftlich ist und auf gewisse Personalprästationen[51]). Was den zuerst genannten Punkt anbetrifft, so kommen zur Theilung nicht allein diejenigen Stücke, welche dem Erblasser eigenthümlich angehören[52]), sondern auch fremde Sachen, an welchen ihm dingliche Rechte zustehen, z. B. emphyteuticarische und superficiarische Grundstücke, ja sogar solche, welche von demselben nur im guten Glauben besessen werden, oder von ihm zu Vermächtnissen bestimmt sind, falls das Vermächtniß von einer noch nicht erfüllten Suspensivbedingung abhängig ist[53]); ferner Alles, was die Erben von Erbschaftshalber erworben haben, z. B. die Früchte und Accessionen der Erbschaft, Alluvionen[54]) u. s. w., selbst dann, wenn dieser Erwerb erst nach dem Zeitpunkte der Litiscontestation eingetreten ist[55]), was den Erben in Folge eines vom Erblasser abgeschlossenen Verkaufscontractes tradirt[56]), oder aus einer vom Erblasser herrührenden Gemeinschaft in Folge der von den Erben erhobenen Theilungsklage ihnen vom Richter eigenthümlich zugesprochen worden ist[57]). Auch Rechte, z. B. das Pfandrecht und der Nießbrauch, können Gegenstand der Theilungsklage werden[58]). Ausgeschlossen ist indeß Alles, dessen Erwerb von der Willkür eines Dritten abhängt[59]), oder durch ein Verbrechen des Erblassers ermöglicht worden ist[60]), was der Miterbe seinem Antheile nach bereits veräußert hat[61])

---

45) L. 2. §. 3. D. qui petant tutores. (27. 6.) L. 4. C. qui petant tutores. (5. 31.)
46) L. 1. §. 1. L. 25. §. 2. D. 10. 2.
47) L. 2. §. 4. D. 10. 2.
48) L. 44. §. 2. D. 10. 2. L. 17. C. 3. 36.
49) L. 25. §. 3 u. 4. D. 10. 2.
50) L. 32. D. 10. 2. L. 1. u. 21. C. 3. 36. L. 9. C. communia utriusque iudicii. (3. 38.)
51) L. 22. §. 4. D. 10. 2.
52) L. 10. D. 10. 2.
53) L. 12. §. 2. D. 10. 2.
54) L. 11. L. 12. pr. §. 1. D. 10. 2. L. 16. §. 3. D. ibid.
55) L. 12. §. 1. L. 16. §. 3. D. 10. 2.
56) L. 9. D. 10. 2.
57) L. 52. pr. D. 10. 2.
58) L. 29. D. 10. 2. L. 14. §. 1. L. 15. u. 16. pr. D. ibid.
59) L. 53. D. 10. 2.
60) L. 4. §. 2. D. 10. 2.
61) L. 54. D. 10. 2. L. 3. C. comm. divid. (3. 37.)

oder aus einem anderen, als dem erbschaftlichen Grunde bereits erworben hat oder noch erwerben wird, z. B. wenn er eine Erbschaftssache titulo pro emptore oder pro donato besitzt[62]; ferner Alles, was der Erblasser bereits unter die Miterben vertheilt hat[63], was dem Rechte nach nicht im Privateigenthume sein soll, wie Gifte oder verbotene Bücher (diese sollen nach dem Urtheile des Richters vernichtet werden[64]), was dem Rechte nach unter den Miterben unvertheilt bleiben soll, wie Erbbegräbnisse (daran bleibt jedem der Theilhaber sein Recht im Ganzen zuständig)[65], und alle die ganze Erbschaft betreffenden Urkunden. Testamentsurkunden verbleiben entweder bei dem Haupterben oder werden in einem Tempel deponirt[66]; andere Documente verbleiben ebenfalls bei dem Haupterben, oder werden, wenn alle Miterben gleiche Theile haben, bei einem derselben, welcher durch das Loos ernannt wird, oder in einem Tempel oder auch bei einem Dritten, welcher durch Compromiß erwählt wird, deponirt[67] und, wer sie besitzt, bleibt immerhin verpflichtet, sie auf Verlangen vorzuzeigen und Abschriften davon nehmen zu lassen. Rechte an Freigelassenen[68] und die Befugniß der Erben über den gewaltsamen Tod des Erblassers oder der ihm zunächst Angehörigen die Erbschaftssclaven peinlich zu befragen[69], sind ebenfalls untheilbar. Auf erbschaftliche Außenstände (nomina hereditaria)[70] und Passivschulden (debita hereditaria)[71] ist die Klage nie erstreckt worden, da Beides schon nach dem Gesetze der Zwölftafeln unter die Miterben nach dem Verhältniß ihrer Erbportion ohne Weiteres getheilt war. Selbst bei Obligationen, deren Gegenstand ein untheilbares Recht war, machte man keine Ausnahme; denn obschon auf dieselben die Vorschrift des Zwölftafelgesetzes keine Anwendung litt, so half man sich doch dadurch, daß man die Klage einem jeden der Erben auf das Ganze verstattete, und dann, wenn es zur Condemnation kam, die Condemnationssumme auf seinen Erbantheil beschränkte[72]. Doch betrifft der Ausschluß der Erbschaftsactiva und Passiva nur das Verhältniß der Miterben gegen Dritte, nicht aber das der Miterben unter einander; denn in dieser Beziehung kann der Theilungsrichter allerdings Beides Einem von den Miterben ganz oder zum Theile zuweisen, wodurch natürlich aber ihr Verhältniß gegen Dritte nicht verändert wird[73]. Was die einzelnen Miterben aus der Erbmasse besitzen, müssen dieselben

---

62) L. 25. §. 7 u. 8. D. 10. 2. L. 45. pr. D. ibid.
63) L. 32. D. 10. 2. L. 10. u. 21. C. 3. 36.
64) L. 4. §. 1. D. 10. 2.
65) L. 30. D. 10. 2. L. 4. C. de religiosis. (3. 44.)
66) L. 4. §. 3. D. 10. 2.
67) L. 5. u. 6. D. 10. 2.
68) L. 24. D. de iure patronatus. (38. 14.) L. 41. D. 10. 2.
69) L. 18. §. 1. D. 10. 2.
70) L. 6. C. 3. 36. L. 1. C. 8. 36. L. 2. C. 8. 32. L. 25. §. 1. 9, 10. D. 10. 2. L. 2. §. 5. D. ibid. L. 51. §. 1. D. ibid.
71) L. 1. C. 4. 2. L. 10. C. 6. 30. L. 26. C. 2. 3. L. 7. C. 4. 16. L. 23. C. 3. 36. L. 40. §. 2. D. de pactis. (2. 14.)
72) L. 25. §. 9. D. 10. 2.
73) L. 3. D. 10. 2.

einliefern[74]), und zwar in der heutigen Praxis nach einem von ihnen zu errichtenden Inventar; wer collationspflichtig ist, hat auch die zu conferirenden Gegenstände an die Erbmasse zu überantworten[75]); dann wird die Erbmasse im Ganzen zum Behufe der Theilung zu Gelde angeschlagen[76]), freilich nach Verabzugung gewisser Gegenstände, welche einzelnen Miterben definitiv verbleiben. Dahin gehören alle Einzelsachen, welche vom Erblasser als zum Erbtheile des Einen gehörig bezeichnet worden sind[77]), oder solche, worauf der Erblasser den Erbtheil einzelner Erben beschränkt hat[78]) (doch bedarf es hier zur Bestätigung im Einzelnen noch der Adjudication[79])); in Abzug kommen ferner alle Prälegate[80]), und zwar in der Maße, daß die zu solchen Legaten bestimmten Sachen auch von jedem auf ihnen ruhenden dinglichen Rechte befreit werden müssen[81]); verabzugt werden ferner Schenkungen, welche der Parens an das in seiner väterlichen Gewalt befindliche Kind gemacht und nicht widerrufen hat[82]), freilich, wenn sie nicht insinuirt sind, nur insoweit, als sie das gesetzliche Maß nicht übersteigen[83]); auch erhält der in der väterlichen Gewalt des Erblassers befindliche Sohn das Heurathsgut seiner Frau und seiner Schwiegertochter im Voraus[84]), und zwar ganz, wenn es dem Erblasser übergeben worden ist, während dann, wenn die Uebergabe an den Sohn geschah, die Präception sich nur auf so viel erstreckt, als davon in den Nutzen des Erblassers verwendet worden ist, oder wie weit das Sondergut des Empfängers reicht; endlich soll nach einer speciellen Sanction Justinian's[85]) das, was der Erblasser aus einer für seine Kinder bestellten dos oder donatio propter nuptias durch Rückfall gewonnen, diesen immer bei seinem Tode als praecipuum zufallen, wenn in seinem Testamente fremde Personen zu Erben ernannt sind: falls aber eigene Kinder zu Erben eingesetzt sind, sollen die zuerst genannten Personen nur so viel als Präcipuum erhalten, als die im Testamente eingesetzten Kinder einer ihnen bestellten dos oder ante nuptias donatio oder käuflichen militia halber aus dem Vermögen des Erblassers erhalten ha-

---

74) L. 3. C. 3. 36.

75) L. 1. pr. D. de dotis collatione. (37. 7.)

76) L. 25. §. 20. D. 10. 2.

77) L. 3. C. de heredibus instituendis. (6. 24.) L. 35. pr. u. §. 1. D. 28. 5. L. 78. D. ibid. In Betreff solcher Sachen gelten nämlich die Erben als Legatare, daher hier auch der Abzug der Falcidischen Quart vorkommen kann. L. 78. pr. L. 35. §. 1. D. 28. 5.

78) L. 35. pr. §. 1. D. 28. 5. L. 78. D. ibid.

79) L. 21. C. 3. 36.

80) L. 4. pr. D. 10. 2. L. 25. §. 22. L. 26. 28. 42. D. ibid. L. 7. C. 3. 36.

81) L. 28. u. 33. D. 10. 2.

82) L. 3. Greg. Cod. familiae hercisc. (3. 6.) L. 11. C. de donationibus. (8. 54.) L. 25. C. de donationibus inter virum. (5. 16.)

83) Freilich steht L. 13. C. de collationibus (6. 20.) entgegen, worüber Cuiac. obs. III. 30. nachgelesen werden kann.

84) L. 20. §. 2. D. 10. 2. L. 51. pr. D. ibid. L. 2. C. 3. 36. Vgl. L. 47. pr. D. 10. 2.

85) L. 12. C. 3. 39.

ben, so daß der Ueberschuß als Theil des väterlichen Vermögens betrachtet und unter die Testamentserben nach Verhältniß ihrer Erbportionen vertheilt wird. Für die Art und Weise der Erbtheilung finden sich in den römischen Rechtsquellen nicht viel specielle Vorschriften vor. Sie ist demnach im Allgemeinen wohl ganz dem Urtheile des Richters zu überlassen. Doch hat derselbe zu beachten, daß von allen vorhandenen Erbschaftssachen keine einzige ungetheilt bleibt [86]), da die Klage nur einmal angestellt werden kann [87]); doch hilft man, wenn einige Erbschaftssachen ungetheilt verblieben, mit der actio communi dividundo aus [88]). Ist die Theilung der Sachen im Einzelnen mit viel Schwierigkeit verknüpft, so kann der Theilungsrichter die ganzen Erbschaftssachen dem Einen adjudiciren und ihn zugleich auf Geldentschädigung für den anderen Theil condemniren [89]); sonst kann er auch die Erbschaftssachen zum Behuf der Adjudication in natürliche Theile zerlegen [90]), oder ihnen eine *Servitut* auferlegen, vorausgesetzt, daß diese Beschränkung im Momente der Adjudication selbst ausgedrückt werde [91]), und daß, wenn eine Prädialservitut auferlegt wird, dieß nur zu Gunsten eines zur Erbschaft gehörigen Grundstückes geschieht [92]). Auch ist es die Pflicht des Theilungsrichters bei der Adjudication wegen der früher der Sache halber erhobenen Klagen, der Vergütung der auf sie verwendeten Unkosten und der Eviction halber Cautionen aufzuerlegen [93]); ja diese Cautionen verstehen sich in dem zuletzt genannten Falle, wenn sie vom Richter vergessen worden sind, von selbst, so daß die der Eviction unterliegende Partei mit der actio praescriptis verbis die Miterben zum Schadenersatze zwingen kann [94]). Denn durch die Adjudication wird ein dauerndes, definitives Verhältniß gegründet, welches der Prätor durch Verleihung besonderer Klagen und Einreden schützt [95]). — Was aber die Personalprästationen angeht, welche ebenfalls Gegenstand der Theilungsklage sein können, so gehört hierher zunächst die Vergütung alles Schadens, welchen der Miterbe durch positive und negative Handlungen verursacht hat, was man nach den Grundsätzen der diligentia, quam suis rebus adhibere solet zu beurtheilen hat [96]), vorausgesetzt, daß der Schaden bereits nach der Erwerbung der Erbschaft von Seiten des Beschädigers und im Bewußtsein dieser Erwerbung geschehen ist (für andere Fälle helfen die gewöhnlichen Schädenklagen aus) [97]); ferner die

---

86) L. 25. §. 20. D. 10. 2.
87) L. 20. §. 4. D. 10. 2.
88) L. 20. §. 4. D. 10. 2.
89) L. 55. D. 10. 2.
90) L. 22. §. 2. D. 10. 2. L. 16. §. 1. D. ibid.
91) L. 22. §. 3. D. 10. 2.
92) L. 18. D. comm. div. (10. 3.)
93) L. 25. §. 21. D. 10. 2. L. 47. pr. D. ibid.
94) L. 14. C. 3. 36. Vergl. L. 7. C. communia utriusque iudicii. (3. 38.)
95) L. 44. §. 1. D. 10. 2.
96) L. 16. §. 4 u. 5. D. 10. 2. L. 25. §. 16 u. 18. D. ibid. L. 19. C. 3. 36. Vgl. L. 45. §. 1. D. 10. 2.
97) L. 16. §. 4. D. 10. 2.

Vergütung aller Nutzungen, welche der Miterbe aus Erbschaftssachen gezogen [98]), der Accessionen [99]) und alles dessen, was ein Miterbe in Rücksicht der Erbschaftssachen durch Stipulation gewonnen hat [100]) nach Verhältniß seines Erbtheiles, vorausgesetzt auch hier, daß der, welcher den Erwerb gemacht hat, dieß im vollen Bewußtsein seines Erbrechtes, und dessen, daß die fragliche Sache zur Erbschaft gehöre, gethan habe [101]); außerdem der Ersatz alles und jeden Schadens, welchen der Eine von den Miterben aus einer zur Erbschaft gehörigen Sache ohne seine Schuld erlitten hat [102]); endlich die Vergütung aller Unkosten und Auslagen, welche einer von den Theilnehmern auf die Erbschaftssachen gemacht hat, sammt den Zinsen derselben von dem Augenblicke des Verzuges an gerechnet [103]) nach Verhältniß der Erbportionen, vorausgesetzt, daß sie vom Erben im Bewußtsein seines Erbrechtes [104]) und bona fide [105]), und animo heredis [106]), d. h. in der Absicht, etwas als Erbe für die Erbschaft im Ganzen zu thun, gemacht worden sind. Dahin gehört z. B. die Bezahlung von Schulden, welche die Erbschaft anzuerkennen hat [107]), die Anstellung der allen Erben zusammen zustehenden und denselben gewissermaßen obliegenden Klage wegen gewaltsamen Todes des Erblassers [108]), die Vertheidigung eines Erbschaftssclaven in einer Noxalklage in Verbindung mit dessen Auslösung [109]), kurz Alles, was von einem Miterben äußerer Nothwendigkeit halber in Rücksicht der Erbschaft vorgenommen wird, und seiner Natur nach keine Theilung der Handlung zuläßt [110]). In anderen Fällen hilft man mit der actio negotiorum gestorum aus [111]). Wegen der impensae voluptuariae steht keine Klage, nur ein ius tollendi zu.

Da durch die Erbtheilung ein definitives Verhältniß hergestellt wird, versteht es sich von selbst, daß dieselbe in der Regel nicht wegen Verletzung der einen Partei angefochten werden kann. In Betreff der gerichtlichen Theilung erhellt dieß schon aus der Natur der Rechtskraft eines richterlichen Urtheiles, welches bekanntlich schon an sich die indebiti con-

---

98) L. 19. D. 10. 2. L. 56. D. ibid. L. 9. C. 3. 36.
99) L. 22. D. 10. 2.
100) L. 19. D. 10. 2.
101) L. 44. §. 3. D. 10. 2.
102) L. 16. §. 6. D. 10. 2. vergl. mit L. 44. §. 5. D. 10. 2. L. 203. D. de R. I. (50. 17.)
103) L. 18. §. 3. D. 10. 2. L. 18. §. 1. C. 3. 36. L. 3. C. de neg. gestis. (2. 19.) L. 18. §. 6 u. 7. D. 10. 2. L. 25. §. 15. L. 31. D. ibidem.
104) L. 49. D. 10. 2.
105) L. 18. §. 3. D. 10. 2. L. 16. §. 1. C. 3. 36.
106) L. 49. D. 10. 2.
107) L. 18. §. 5. L. 20. §. 1, 6, 7. D. 10. 2. L. 13. C. 3. 36. L. 78. §. 2. D. de contrah. empt. vendit. (18. 1.)
108) L. 39. pr. D. 10. 2.
109) L. 25. §. 15. D. 10. 2.
110) L. 25. §. 15. D. 10. 2. L. 18. §. 6. L. 44. §. 8. D. ibid.
111) L. 18. §. 1. C. 3. 36. L. 3. C. de negotiis gestis. (2. 19.)

dictio ausschließt [112]). Bei außergerichtlichen Theilungen, welche auf den Grundsätzen der Verträge beruhen, ist zwar eine Umstoßung in der Regel ebenfalls nicht denkbar [113]); doch kann sie wohl aus den nämlichen Gründen, wie alle anderen Verträge angefochten werden, nämlich wegen Arglist und Betrug des Gegners, und wenn sie wesentlichen Irrthums halber ungleich ausgefallen ist [114]). Heimbach.

---

112) L. 1. C. de condictione indebiti (4. 5.), vergl. mit L. 36. D. 10. 2.

113) L. 3. C. 3. 38.

114) Consult. vet. iurecons. §. 2. L. 3. C. Just. 3. 38.

Druck von B. G. Teubner in Leipzig.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google